Der Begriff

„Geschäftsbesorgung“

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

der hohen

juristischen Fakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Otto Albert

Justizreferendär in Heilbronn.

Heilbronn.

Druck der Scheel'schen Buchdruckerei, Viktor Kraemer.

1905.

Der Begriff

„Geschäftsbesorgung“

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

der hohen

juristischen Fakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Otto Albert

Justizreferendär in Heilbronn.

AGAD
LUBLIN

Heilbronn.

Druck der Schell'schen Buchdruckerei, Viktor Kraemer.

1905.

Gedruckt mit Genehmigung
der juristischen Fakultät der Universität Tübingen.
Referent: Professor Dr. von Rümelin.
Mai 1905.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Einleitung.

Seite

§ 1. Die Aufgabe 5

§ 2. Der Stand der Streitfrage 8

II. Die Mittel zur Lösung.

§ 3. Uebersicht 15

§ 4. 1) Die geschichtliche Entwicklung 16

§ 5. 2) Der Zusammenhalt der verschiedenen Stellen des B.G.B. . 41

§ 6. 3) Die sprachliche Bedeutung von Geschäftsbesorgung 46

§ 7. 4) Die Frage des praktischen Bedürfnisses. Ihre Bedeutung und die Folgerung hinsichtlich der Einheitlichkeit des Begriffs, sowie das Ergebnis für die Auslegung in negativer Beziehung 48

III. Die eigene Ansicht.

§ 8. Die selbständige und unselbständige Dienstleistung 63

§ 9. Die Bestimmtheit der Dienstleistung 67

§ 10. Die zwei Arten des Werkvertrags 72

§ 11. Ergebnis 79

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547018_0057

I. Einleitung.

§ 1.

Die Aufgabe.

Es ist eine alte und selbstverständliche Regel, daß der Gesetzgeber es vermeiden soll, Worte, die der Umgangssprache angehören, in einer Bedeutung zu gebrauchen, die ihnen gewöhnlich nicht zukommt. Dennoch wird der Gesetzgeber diese Regel nicht immer befolgen können. Denn hie und da wird ihm für die Bezeichnung eines Gedankens, der ihm vorschwebt, der kurze, treffende Ausdruck fehlen, selbst wenn seine Sprache einen noch so großen Wortschatz aufweist. Er ist in solchen Fällen gezwungen, diesen — vielleicht noch gar nicht zu völliger Klarheit durchgedrungenen — Gedanken mit einem Wort wiederzugeben, das gemeinhin möglicherweise anders verstanden wird, als das Gesetz es will. Die regelmäßige Folge hievon ist dann allerdings, daß die Ansichten über die Bedeutung eines derartigen Wortes stark von einander abweichen. Auch in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch finden sich derartige Fälle.

So gehört zu den umstrittensten Fragen, in welchem Sinn das B.G.B. die Worte „Geschäftsbesorgung", „ein Geschäft besorgen" verwandt hat. Diese Worte gehören als technischer Begriff der neuesten Rechtssprache an. Nachdem sie zuerst im alten Handelsgesetzbuch Art. 290 (n. H.G.B. § 354)[1]) Verwendung gefunden hatten, begegnen sie nunmehr im B.G.B. vornehmlich in den §§ 662 ff., 675 und 677. Dieselben lauten:

§ 662: „Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen."

§ 675: „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden die Vor-

[1]) Vgl. auch n. H.G.B. § 362.

schriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Absatz 2 entsprechende Anwendung." [1])

§ 677: „Wer ein Geschäft für einen andern besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert." [2])

Anders dagegen ist die Ausdrucksweise des Gesetzes bei der Definition von Dienstvertrag und Werkvertrag.

§ 611 bestimmt: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein."

Und § 631: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein."

Ist nun unter „Geschäftsbesorgung" etwas Besonderes zu verstehen? Ist der Begriff in den zitierten Paragraphen ein einheitlicher? Wie ist er gegenüber den Begriffen „Dienstleistung" und „Arbeitsleistung", die nach dem B.G.B. dasselbe bedeuten, [3]) abzugrenzen?

Gemeinsam ist diesen Begriffen, daß es sich um ein facere im Gegensatz zum dare handelt, um Arbeit, d. h. um eine Tätig-

---

[1]) Vgl. entsprechend § 23 Abs. 2 der Konkursordnung.

[2]) Vgl. fernerhin im B.G.B. die §§ 196, 831, 1357, 1959, 1978, von denen die drei ersteren uns gewisse — später zu erörternde — Anhaltspunkte für die Auslegung geben, während in den beiden letzteren die Verwendung der Worte „erbschaftliche Geschäfte besorgen" mehr zufälliger Natur erscheint, ohne daß irgend eine Einschränkung geboten wäre.

[3]) Im allgemeinen unbestritten. Willkürlich erscheint die Einschränkung von Cosack (Lehrbuch I, 1903, § 143, I, 2 vgl. mit § 147, II, 1): Dienste seien solche Arbeiten, die überwiegend im Interesse des Dienstempfängers erfolgen. Treffend hiegegen Lotmar, Arbeitsvertrag, I, S. 268 A. 1, Riezler, Werkvertrag, S. 42.

keit, die geeignet ist, ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen.[1]) Dabei können hier nur erlaubte, d. h. weder rechts- noch moralwidrige Dienste in Betracht kommen,[2]) und nur Dienste, die als rechtlich anerkennungswürdig erscheinen, und die nicht bloß den Gebieten der Sitte und der Sittlichkeit, des Anstands, den freien Äußerungen der Liebe, der Religion oder gar bloßer Laune oder Einfällen der Geselligkeit angehören. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Begrenzung des Rechtsgebiets. Ferner ist zu beachten, daß es sich hier nur um Arbeit als Gegenstand vertragsmäßiger Verpflichtung oder als Gegenstand der Geschäftsführung ohne Auftrag dreht,[3]) so daß all diejenigen Tätigkeiten, die jemand für sich ausschließlich in eigenem Interesse vornimmt, ausscheiden, ferner diejenigen im Interesse eines andern ausgeübten Tätigkeiten, die von gesetzeswegen — sei es auf Grund privatrechtlicher (Vater, Vormund) oder öffentlich-rechtlicher Verpflichtung — vorgenommen werden. Hieraus ergibt sich eine gewisse Beschränkung der hier in Rede stehenden Arbeiten.

Die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung soll es nun sein, das Verhältnis von „Geschäftsbesorgung" einerseits zu „Dienst-" und „Arbeitsleistung" andererseits zu untersuchen. Die Literatur, die sich dieser Frage schon eingehend angenommen hat, ist bis jetzt noch zu keiner Einigkeit gelangt. Daher nennt Staub[4]) den Begriff Geschäftsbesorgung „geradezu eine crux des neuen Rechts", und Jaeger[5]) meint: „Der Begriff der Geschäftsbesorgung bildet ohne Zweifel den dunkelsten Punkt in der Lehre von den Arbeitsverträgen." Wenn dagegen manche[6]) glauben, daß unsere ganze Frage jedenfalls prak-

---

[1]) In gewissem Umfang kann es sich daneben auch um Sachleistung handeln; s. bes. § 651 Abs. 2 B.G.B. Vgl. dazu Lotmar a. a. O. S. 69 ff., 176 ff., 276.

[2]) Vgl. darüber bes. Lotmar a. a. O. S. 110 ff. und Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. 1900, S. 89 ff.

[3]) Der Versuch Isays, allen Fällen, in denen gewisse den Auftragsregeln gleiche Rechtswirkungen eintreten, einen gemeinsamen Tatbestand zu unterstellen, findet in der Systematik des B.G.B. keine Stütze. Jedenfalls hat das B.G.B. diesen gemeinsamen Tatbestand nicht „Geschäftsbesorgung" genannt.

[4]) Staub, Kommentar zum H.G.B., zu § 362 A. 2.

[5]) Jaeger, Kommentar zur K.O., zu § 22 A. 10.

[6]) Planck, Kommentar zum B.G.B., zu § 675 A. 2; Riezler a. a. O. S. 74.

tisch eine ziemlich unwichtige sei[1]), so muß dem entgegengehalten werden, daß die Theorie unter allen Umständen versuchen muß, einen im Gesetz vorgefundenen Begriff so klar als nur irgend möglich zu umgrenzen. Eine genaue Untersuchung des Begriffs bleibt uns deshalb keinesfalls erspart.

§ 2.

Der Stand der Streitfrage.

Sehen wir zunächst, wie bis jetzt die Antworten ausgefallen sind.

Man ist sich von vornherein nicht einig, ob der Begriff Geschäftsbesorgung in den drei §§ überhaupt ein einheitlicher ist. Der Hauptstreit dreht sich dabei um die §§ 662 und 675, während in § 677 nach der Ansicht der meisten die Geschäftsbesorgung im weitesten Sinn zu verstehen ist.[2])

Die einen wollen nun den Begriff auch in den §§ 662 und 675 im weitesten Sinn — Entfaltung einer Tätigkeit überhaupt — auffassen, also zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung gar keinen Unterschied machen; so Hachenburg und Düringer.[3])

Andere wollen dies für § 662 gelten lassen, während sie in § 675 eine Einschränkung machen; so Matthias, Enneccerus-Lehmann, Engelmann, Siméon, Staub, Oertmann, Planck, Dernburg und Bormann.[4])

Wieder andere wollen den Begriff sowohl in § 662 als in § 675 in beschränkterem Sinn verstanden wissen, also zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung grundsätzlich unterscheiden, so daß die Dienstleistung i. w. S. die Geschäftsbesorgung und die Dienstleistung i. e. S. (diejenige, die nicht Geschäftsbesorgung ist), umfassen würde. Diese Ansicht wird vertreten von Cosack, Eck, Isay, Staudinger, Michaelis, Riezler, Crome, Endemann, Hellmann, Lotmar, Albers, Bernau, Hellwig, Kipp, Jäger, Lenel und neuerdings auch von Schollmeyer.[4])

---

[1]) Der Standpunkt des Verfassers wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben.

[2]) Anderer Meinung Isay a. a. O. S. 46, Cosack a. a. O. § 155, I; vgl. auch Endemann, Lehrbuch, 8. Aufl., 1. Bd., S. 1119 A. 4.

[3]) Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im B.G.B., Separatabdruck aus den Annalen der Großh. badischen Gerichte; 1898, S. 14 ff.; Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B., 1901, Bd. 2, S. 348 und 409.

[4]) Vgl. die in den folg. Anm. zitierten Werke.

Zudem weichen diejenigen, die bezüglich der Frage, wann der Begriff einzuschränken sei, einig sind, sehr von einander ab bei der Frage, wie einzuschränken sei. In dieser Hinsicht wurden die allerverschiedensten Antworten gegeben. Indem nun hiebei verschiedene Schriftsteller den Begriff nicht nur nach einer, sondern zugleich nach verschiedenen Richtungen hin einschränken, so daß sie das von andern Schriftstellern aufgestellte Merkmal zwar gelten lassen, aber noch ein weiteres Merkmal hinzufügen, ist eine scharfe Gegenüberstellung der verschiedenen Ansichten unmöglich gemacht; dieselben gehen vielfach ineinander über. Dies wird sich auch im folgenden zeigen.

1. Als schärfster Gegensatz zu der Hachenburgschen Ansicht, wonach jede Dienstleistung auch eine Geschäftsbesorgung ist, fällt in die Augen die Auffassung von Staub[1]); er bezieht die Geschäftsbesorgung lediglich auf die Vornahme von Rechtsgeschäften.

Ähnlich, jedoch schon etwas weiter, verstehen Matthias[2]) und Engelmann[3]) unter Geschäftsbesorgung „nur eine solche Tätigkeit, die die rechtlichen Verhältnisse des andern Teils berührt, also nur eigentliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen"; ebenso Siméon[4]): Geschäfte ausschließlich oder doch vorwiegend rechtlicher Natur; und Enneccerus-Lehmann[5]): Rechtsgeschäfte und Handlungen, die sich auf Rechtsverhältnisse beziehen.

Zwischen diesen beiden Extremen wird nun aber von verschiedenen Seiten vermittelt.

2. Insbesondere wird die Abgrenzung gegeben im Hinblick auf den Gegenstand, auf den sich die Tätigkeit bezieht, so daß das Interesse des Dienstempfängers an der Tätigkeit[6]) ausschlaggebend sein soll. Es ist hier vor allem zu erwähnen eine in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des

---

[1]) Staub a. a. O. zu § 362 A. 2—4.

[2]) Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900, Bd. 1, § 125.

[3]) Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands, 1899, § 117.

[4]) Siméon, Recht und Rechtsgang, 1899, Bd. 1, S. 444.

[5]) Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1901, Bd. 1, S. 705.

[6]) Diese scheinbar verschiedenen Gesichtspunkte greifen in den folgenden Definitionen ineinander über.

B.G.B. enthaltene Ausführung:[1]) „In der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei." Sodann hat Cosack in den ersten Auflagen seines Lehrbuchs[2]) als Geschäftsbesorgung den Abschluß eines Rechtsgeschäfts oder die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlich, aber doch rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Tätigkeit bezeichnet. Ihm hat sich Eck[3]) und im wesentlichen auch Isay[4]) angeschlossen; letzterer nennt Geschäftsbesorgung diejenige Tätigkeit, die auf das Vermögen eines andern unmittelbar einwirkt, wobei jedoch das Vermögen des Geschäftsherrn nicht notwendig den unmittelbaren Gegenstand der Tätigkeit des Gestors zu bilden brauche. In der vierten Auflage seines Lehrbuchs[5]) formuliert Cosack diesen Gedanken dahin: Zu den Geschäftsbesorgungsverträgen gehören zunächst alle Verträge, die auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Führung eines Prozesses im Namen oder für Rechnung des Dienstempfängers gerichtet sind; aber auch Verträge, die auf Handlungen tatsächlicher Art abzielen, sofern diese Handlungen zur Verwaltung des Vermögens des Dienstempfängers gehören. Als Beispiele von Geschäftsbesorgungen führt Cosack die Verträge des Kommissionärs, des Rechtsanwalts und der Waschfrau an; als nicht geschäftliche die Verträge des Arztes, des Lehrers, des Bootsmanns.

Eine etwas weitere Begriffsbestimmung als Cosack gibt dagegen Staudinger;[6]) er meint, es dürfte unter Geschäftsbesorgung die Erledigung jeder Angelegenheit zu verstehen sein, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines andern angehört.

Hieher ist endlich auch Michaelis[7]) zu rechnen, indem er seine an sich nicht ganz verständliche Definition: „Geschäftsbesorgung ist

[1]) Protokolle, bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, 1898, 2. Bd., S. 377.

[2]) Vgl. Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Aufl., 1897, S. 501.

[3]) Eck, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 48, S. 357.

[4]) Isay, a. a. O. S. 44 ff.

[5]) Cosack, 4. Aufl., 1903, S. 516.

[6]) Staudinger, Kommentar zum B.G.B., 1901, Bd. 2, zu § 675 A. 2.

[7]) Michaelis, Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" in § 675 des B.G.B. für das Deutsche Reich, Rostocker Dissertation. 1902, S. 34.

jede Tätigkeit, die für den Arbeitsberechtigten oder einen dritten entweder als notwendig oder doch wenigstens als nützlich zu bezeichnen ist", dahin erläutert: „Es ist also nicht nur das Vermögen, das rechtlich durch die Tätigkeit berührt werden muß, sondern dieselbe kann auch zu Gunsten irgend welcher anderer Individualgüter, z. B. des Lebens, der Gesundheit, der Ehre, der Familienrechte u. s. w. entfaltet werden."

3. Riezler,[1]) der den Gedanken der vorhergehenden Gruppe aufnimmt, fügt noch ein weiteres Merkmal hinzu. Nach ihm sind Geschäftsbesorgungen 1. die rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten, 2. diejenigen tatsächlichen Tätigkeiten, an denen der Auftraggeber ein unmittelbares Vermögensinteresse hat, die für ihn irgendwie ökonomisch bedeutsam sind, 3. aber auch diejenigen Tätigkeiten, die vom Beauftragten in Ausübung eines auf Vornahme von Handlungen solcher Art gerichteten Berufs vorgenommen werden. Ausgeschlossen vom Begriff der Geschäftsbesorgung bleiben hienach nur die verhältnismäßig seltenen Fälle, in denen jemand eine geistige oder künstlerische Tätigkeit vornimmt, die außerhalb seines Berufs liegt; z. B. wenn jemand, ohne zünftiger Zeitungsschreiber zu sein, einen Artikel schreiben soll, oder wenn ein Dilettant in einem Konzert oder Schauspiel auftreten soll.

4. Eine andere Gruppe von Schriftstellern legt dagegen Gewicht auf die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Dienstleistenden bei der Arbeitsverrichtung; so als erster Oertmann;[2]) er nennt, indem er sich zunächst an Gruppe 2 anschließt, Geschäftsbesorgung diejenigen Dienste, die unmittelbar als solche für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sind, fügt aber als weiteres Moment bei, daß es sich um Dienste handeln müsse, bei denen zugleich auch dem Dienstpflichtigen wirklich die Besorgung eines Geschäfts, nicht nur eine unselbständige Hilfsleistung dabei überlassen werde. Danach sind Geschäftsbesorger Rechtsanwälte, Werkmeister ꝛc., nicht aber Aerzte und Lehrer, nicht der gewöhnliche Handarbeiter und das Gesinde. — Mit Oertmann stimmt sachlich

---

[1]) Riezler, Der Werkvertrag nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, 1900, S. 72 ff.

[2]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, zu § 675 Anm. 1 b.

Crome[1]) überein: „Die Geschäftsbesorgung ist wesentlich ein solches Tun, das den andern unmittelbar in seinem Vermögen betrifft, einen wirtschaftlichen Effekt für ihn herbeiführt; weiter setzt die Geschäftsbesorgung eine genügende Selbständigkeit der geschäftlichen Tätigkeit voraus." — Auch Endemann mißt gerade dem Moment der Selbständigkeit eine ganz besondere Bedeutung bei; er bezeichnet als Geschäftsbesorgung[2]) jede selbständige Tätigkeit, die in die zivilrechtlich anerkannten Verhältnisse eines andern unmittelbar eingreift, oder wie er sich auch ausdrückt: eine selbständige Tätigkeit, die sich auf eine zum Rechtsbereich des Geschäftsherrn gehörende Angelegenheit bezieht.

5. Von einem andern Gesichtspunkt aus versucht Hellmann[3]) die Lösung unserer Frage zu geben. Nach ihm handelt es sich bei der Geschäftsbesorgung um Dienste, die lediglich die Bestimmung haben, dem Dienstberechtigten eigene Arbeit abzunehmen. Der gleiche Gedanke findet sich bei Planck[4]), welcher der in den Protokollen gegebenen Definition beifügt: Der Verpflichtete solle für den Geschäftsherrn ein Geschäft, an dessen Vornahme dieser tatsächlich oder rechtlich behindert sei, im Sinne des Geschäftsherrn besorgen.[5]) Ferner bei Bernau[6]): Geschäftsbesorgung sei jede auf einen wirt-

---

[1]) Crome, System des deutschen bürg. Rechts, 2. Bd., 1902, § 252, I. — Damit hat Crome seine frühere Ansicht selbst aufgegeben, die er in seinem Werk: „Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge", 1897, S. 255, vertreten hat. Er unterscheidet dort 3 Kategorien von Werkverträgen, nämlich: 1. solche, die eine Verfertigung (Herstellung und Veränderung von Sachen), 2. solche, die eine Beförderung, 3. solche, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Diese Ansicht, die in der Tat unhaltbar erscheint (vgl. darüber Eck a. a. O., Michaelis a. a. O. S. 16 ff.) kann daher in unserer Abhandlung außer Betracht gelassen werden.

[2]) F. Endemann, Lehrbuch d. bürg. Rechts, 8. Aufl., 1903, Bd. 1, § 172, 3, insbes. Anm. 22 und 23. Anders die früheren Aufl.

[3]) Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 41 (1899), S. 222.

[4]) Planck a. a. O. zu § 675 A. 2.

[5]) Wie Planck auch Albers, Die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag u. s. w. Jen. Diss. 1900.

[6]) Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft; Jahrb. f. Dogmatik Bd. 44 (1902), S. 225 ff.

schaftlichen Erfolg gerichtete, selbständige, nicht rein mechanische Betätigung an Stelle eines andern.[1]) Ebenso meinen Goldmann und Lilienthal[2]), daß bei der Geschäftsbesorgung regelmäßig ein Geschäft in Frage stehe, um das ich mich normalerweise selbst zu kümmern habe, das mein Geschäft, meine Obliegenheit ist, das ich aber für mich durch einen andern besorgen lasse. Auch Lotmar[3]) rechnet neben den rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten solche tatsächliche Tätigkeiten hieher, die vor der Übertragung oder Übernahme dem Geschäftsherrn zustehen oder obliegen, so daß er durch die Besorgung gewissermaßen ersetzt oder vertreten wird. Er fügt noch bei — und insofern gehört er zu Gruppe 2 —: Ausgeschlossen vom Begriff der Geschäftsbesorgung sei stets: a) die Arbeit der Urproduktion (das Pflügen, Graben, Mähen, Dreschen, Fischen, Jagen, Kohlengraben ꝛc.), b) die bloß gewerbliche Arbeit im Sinn der Nationalökonomie, nämlich Formveränderung von Rohstoffen: Stoffumwandlung oder Stoffveredlung (Schuhmachen, Gewandnähen, Backen, Malen, Tischlern, Mauern, die Textilarbeit, Metallurgie, Polygraphie u. s. w.[4]), c) die an oder mit der Person des Arbeitgebers verrichtete Arbeit (Haarschneiden, Explorieren, Operieren, Befördern, Unterrichten).

6. Wieder anders wird die Abgrenzung vorgenommen von Hellwig[5]), dem sich Kipp[6]), Jaeger[7]), zum Teil auch Lenel[8]) und neuerdings Schollmeyer[9]) anschließen. Danach ist unter Geschäfts-

[1]) Bernau gehört also zugleich zu Gruppe 2 und 4.

[2]) Goldmann und Lilienthal, Kommentar zum B.G.B., zu § 675 A. 3.

[3]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, Bd. 1, 1902, S. 279 f.

[4]) Lotmar gibt dagegen zu, daß, wenn dem Dienstleistenden die Beschaffung des Stoffes auferlegt ist, wie im Werklieferungsvertrag des § 651 A. 1 B.G.B., diese Beschaffung Geschäftsbesorgung sein und danach der nicht bloß gewerbliche Arbeit vereinbarende Vertrag sich als Geschäftsbesorgungsvertrag darstellen könne.

[5]) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an dritte, 1899, S. 517 A. 42.

[6]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürg. Rechts, 2. Bd., 1900, § 399.

[7]) Jaeger, a. a. O., zu § 22 A. 10.

[8]) Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge, Jahrb. f. Dogm., Bd. 44 (1902), S. 35.

[9]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B., 2. Aufl., 1904, S. 91. — In der 1. Aufl., 1897, S. 40, hat Schollmeyer nur

besorgung nur die Entfaltung der Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten zu verstehen, also die Tätigkeit, die auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs (rechtlicher oder tatsächlicher Art) gerichtet ist. Hellwig hält es dabei für selbstverständlich, daß dieser Erfolg auf dem Gebiete der für das Vermögen in Betracht kommenden Angelegenheiten liegen müsse. Während nun nach der Ansicht von Hellwig (ebenso Kipp, Jaeger und Schollmeyer) jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, meint Lenel, daß Werkvertrag und Geschäftsbesorgungsvertrag sich gegenseitig ausschließen; denn der Geschäftsbesorger verspreche nur tätig zu werden zum Zweck der Herbeiführung des Erfolgs.

7. Dernburg[1]) endlich nimmt an, § 675 sei dahin auszulegen, daß er auftragsähnliche Dienst- und Werkverträge betreffen soll, d. h. diejenigen Geschäfte, die man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte. — Bormann[2]) übernimmt diese und zugleich die Staubsche Definition; er versteht unter den Geschäftsbesorgungsverträgen des § 675 Verträge, die entweder auf den Abschluß von Rechtsgeschäften gerichtet sind oder aber die sog. operae liberales zum Gegenstand haben.

8. Gar keine Abgrenzung des Begriffs dagegen ist gegeben nach der Definition von Neumann[3]): Die Sorge, daß das für das Interesse des Geschäftsherrn Erforderliche geschehe und das für sein Interesse Schädliche unterbleibe, ist der Inhalt der Geschäftsbesorgung. —

---

festgestellt, daß der Begriff Geschäftsbesorgung „völlig im Dunkeln" bleibe, und beigefügt: „Möglich, daß sich darin der preußisch-rechtliche Verwaltungsvertrag verbirgt (§§ 109 ff. I, 14 des preuß. A.L.R.), möglich, daß darunter auch nur die Vornahme von Geschäften rechtlicher Natur (Abschluß eines Vertrags, Kündigung eines Darlehens, Empfangnahme einer Zahlung ꝛc.) gemeint ist. Nur soviel ist zweifellos, daß die Geschäftsbesorgung in § 675 sich mit dem Geschäft in § 662 nicht deckt."

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 1901, 2. Bd. 2. Abt. § 293, IV.

[2]) Bormann, Beiträge zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" in § 675 des B.G.B., Göttinger Diss. 1901.

[3]) Neumann, Handausgabe des B.G.B., 1900, Bd. 1, Vorbem. zu §§ 662 ff. A. I, 2.

Wir sehen also, es besteht hier eine Meinungsverschiedenheit, wie wir sie nicht leicht wieder anderswo finden. Nach Ansicht mancher Autoren[1]) ist unsere Frage zur Zeit überhaupt noch nicht endgültig zu lösen; sie wollen der rechtsbildenden Tätigkeit der Praxis die Lösung zuschieben. Ich glaube aber, daß der Einheitlichkeit der Rechtsprechung wegen die Wissenschaft schon jetzt versuchen muß, definitiv zu der Frage Stellung zu nehmen.

Wie sollen wir uns nun dem Widerstreit der Meinungen gegenüber verhalten?

II. Die Mittel zur Lösung.

§ 3.

Übersicht.

Wenn wir uns nach Hilfsmitteln zur Lösung unserer Frage umsehen, so wäre es an sich das natürlichste, zunächst von einer wörtlichen Auslegung des Begriffs Geschäftsbesorgung auszugehen. Wir erkennen dabei aber ohne weiteres, daß wir mit einer Wortinterpretation allein nicht auskommen können. Die Worte „Geschäft" und „besorgen" sind eben zu indifferente Ausdrücke. Wir müssen daher in erster Linie nach anderen Hilfsquellen forschen und sehen, ob wir nicht wenigstens gewisse Anhaltspunkte dafür finden können, in welcher Richtung sich die Auslegung zu bewegen hat.

So wird vor allem zu untersuchen sein, ob nicht die geschichtliche Entwicklung der in Betracht kommenden Institute uns einen Fingerzeig gibt, sei es, daß sie uns positiv auf den Weg führt, auf dem die Lösung zu finden ist, sei es, daß sie uns wenigstens negativ zeigt, welche Resultate unmöglich sind.

Führt uns dieser geschichtliche Rückblick zu keinem befriedigenden Ergebnis, so werden wir uns nach Anhaltspunkten im B.G.B. selbst umsehen müssen. Hier werden vor allem die verschiedenen Stellen des B.G.B. mit einander zu vergleichen sein, in denen das Wort

[1]) Vgl. z. B. Endemann a. a. O. § 172 A. 23; Oertmann a. a. O. zu § 675 A. 1.

Geschäftsbesorgung selbst oder sprachlich oder sachlich ähnliche Ausdrücke verwandt sind.

Wenn auch dann noch die Wortauslegung unsicher ist, so wird als letztes Mittel übrig bleiben die Frage des praktischen Bedürfnisses, d. h. wir werden zu prüfen haben, wie im Hinblick auf die Rechtswirkungen der Geschäftsbesorgung ihr Tatbestand zu bestimmen ist.

Auf Grund dieser Untersuchung, in die zugleich eine kritische Würdigung der bisher vertretenen Meinungen eingeflochten werden soll, wird dann die eigene Ansicht aufgestellt werden können.

§ 4.

1. Die geschichtliche Entwicklung.

A. Einleitung.

Wie ein Blick in die Materialien zum B.G.B. zeigt, haben die Verfasser gerade auch in den hier in Betracht kommenden Gebieten die frühere Gesetzgebung und Wissenschaft aufs eingehendste berücksichtigt. Schon bezüglich des Worts Geschäftsbesorgung selbst heben die Motive[1]) hervor, daß sich das B.G.B. „an die insoweit mit dem gemeinen Rechte harmonierende Sprache neuerer Gesetzgebungen" anschließe. Aber nicht nur in sprachlicher, auch in sachlicher Beziehung erinnern die Vorarbeiten zum B.G.B. an die früher bestehenden Gesetzgebungen, so insbesondere bei den Fragen nach dem Wesen des Auftrags, nach der Behandlung des entgeltlichen Auftrags, nach dessen Verhältnis zu Dienst- und Werkvertrag, die für unsere Streitfrage von der allergrößten Bedeutung sind.

Diese Umstände rechtfertigen es, wenn wir zunächst die Regelung der betreffenden Materien in den seitherigen Gesetzgebungen und im Anschluß daran die Entstehungsgeschichte des B.G.B. selbst ins Auge fassen. Gerade hier aber sind sowohl das gemeine Recht, als verschiedene Bestimmungen der neueren Kodifikationen ohne die Grundlagen, die das römische Recht gegeben hat, nicht verständlich, so daß wir bis auf dieses zurückgehen müssen. Die geschichtliche Entwicklung wird dadurch allerdings einen verhältnismäßig breiten Raum unserer Abhandlung einnehmen. Eine ein-

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 1888. Bd II, S. 526 f.

gehende Untersuchung ist aber schon um deswillen unentbehrlich, weil ein Schriftsteller von der Bedeutung eines Dernburg seine Ansicht gerade aus der geschichtlichen Entwicklung gefolgert hat, ein Resultat, dem wir — wie vorweg bemerkt sein möge — nicht beitreten können.

B. Das römische Recht.

Schon im römischen Recht finden sich die Worte negotium gerere, negotiorum gestio, jedoch ohne daß die Abgrenzung dieser Begriffe selbst in Frage gekommen wäre.

Es ist aber fernerhin auch schon im römischen Recht eine Gruppe von Verträgen über bestimmte Arbeitsleistungen einer besonderen rechtlichen Behandlung teilhaftig geworden. Innerhalb der Arbeitsverträge[1]) ist nicht schlechthin nach dem Moment der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit, sondern auch noch nach einem andern Gesichtspunkt unterschieden, also gerade so, wie es heute im B.G.B. der Fall ist. Wie verhält es sich mit dieser römischen Unterscheidung?

Die Gestaltung der in Betracht kommenden Sätze des römischen Rechts erklärt sich aus den sozialen, kulturellen und politischen Verhältnissen zur Zeit der römischen Republik und des Kaisertums.[2])

1. Das römische Recht ist ausgegangen von der Sklavenarbeit. Der freie Mann ließ sich nicht dazu herbei, wirtschaftliche Arbeit um Lohn zu verrichten; dies war Sache der Sklaven und Liberten. Der Sklave aber war nicht Rechtssubjekt, sondern Eigentumsobjekt. Wenn man sich der Arbeitskraft eines fremden Sklaven bedienen wollte, so mietete man diesen Sklaven gerade wie man eine Sache mietet; die operae servorum galten entsprechend den Sachfrüchten als fructus hominum. Und die Dienstleistungen der Liberten ihren

[1]) Das Wort Arbeitsvertrag soll im folgenden sowohl den Dienst- und Werkvertrag wie den Auftrag umfassen.

[2]) Vgl. zu den folgenden Ausführungen namentlich W. Endemann, Die rechtliche Behandlung der Arbeit, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik Bd. 67 (1896), S. 641 ff; E. Meyer, Die wirtschaftliche Entwicklung des Altertums, Jahrb. f. Nat. u. Stat. Bd. 64 S. 696 ff.; Loening, Arbeitsvertrag, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 1, S. 979 ff.; Löwenfeld, Inästimabilität und Honorierung der artes liberales nach römischem Recht, Festgabe für Planck, 1887, S. 363 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, 1901.

Herrn gegenüber beruhten auf dem früheren Herrenrecht des Manumittenten. Insoweit konnte also von einem eigentlichen Arbeitsvertrag, in dem sich zwei Kontrahenten, Arbeiter und Arbeitgeber, gegenüberstehen, noch gar keine Rede sein.

2. Diese Verhältnisse konnten sich nun aber auf die Dauer nicht halten. Mit der Zeit sahen sich auch Freie um ihrer wirtschaftlichen Notlage willen gezwungen, Dienste um Lohn zu verrichten. Jetzt entwickelte sich erst ein wirklicher Arbeitsvertrag, der — worauf die geschichtliche Entwicklung hindrängte — im engsten Anschluß an die locatio conductio rei geregelt wurde. Freilich die Vollfreien hielten es nach wie vor unter ihrer Würde, ihre Arbeitskraft um Lohn zu vermieten; wer dies tat, der näherte sich nach ihrer Auffassung dem Sklaventum; dessen Dienste galten als sklavenartige, als operae seu artes sordidae.[1]) Von dem Freigeborenen verlangte man, daß er wirtschaftlich unabhängig sei, und daß er seine Dienste nur unentgeltlich einem andern zur Verfügung stelle. Cicero hat diesen Gedanken im Anschluß an Aristoteles, aber in einer vielleicht etwas übertriebenen Weise dahin ausgedrückt:[2]) merces auctoramentum servitutis.

So entstand je nach der verschiedenen Stellung und Gesinnung des Arbeitsleistenden, also nach subjektiven Momenten abgegrenzt, innerhalb der Arbeitsleistungen eine Unterscheidung zwischen operae seu artes sordidae und artes liberales seu ingenuae.

Zu einer derartigen Gegenüberstellung gelangte man aber auch noch von einem andern Gesichtspunkt aus, nämlich im Hinblick auf die objektive Beschaffenheit und das Wesen der Dienste selbst. In dieser Beziehung trat deutlich die körperliche Arbeit der geistigen gegenüber, die handwerksmäßige oder Handlanger-Arbeit des einfachen Mannes der Arbeit des wissenschaftlich Gebildeten. Die erstere um Lohn zu verrichten, war nichts Auffälliges; dagegen glaubte man von der letzteren, daß sie nur um ihrer selbst willen ausgeübt werden dürfe, und daß es unzulässig sei, sie mit Geld zu vergleichen, sie um Geld zu verkaufen. Da es nun in der Natur der Dinge lag, daß diese objektiv höheren Dienste von den höheren Klassen der Bevölkerung, den wirtschaftlich Selbständigen, die niederen Dienste

[1]) Vgl. hiezu Karlowa a. a. O. S. 642 f.

[2]) Cicero, de officiis I, 42.

von den unteren Schichten der Bevölkerung ausgeübt wurden, so war im Resultat die Scheidung nach objektiven Gesichtspunkten die gleiche wie die nach subjektiven; der Gegensatz stellte sich nur als ein um so größerer dar.[1])

Diese Anschauungen mußten nun notwendig auch im Recht ihren Ausdruck finden. So ist es zu erklären, daß als Gegenstand das locatio conductio operarum nur operae quae locari solent, (später operae illiberales genannt), bezeichnet sind; vgl. z. B. l. 5 § 2 Dig. 19, 5; schlechthin ausgeschlossen sind die artes liberales.[2]) Freilich geht schon aus dem oben Gesagten hervor, daß sich eine scharfe Trennung beider Gruppen von Diensten nicht vornehmen ließ; vgl. l. 1 Dig. 50, 13, wo Ulpian eine bunte Reihe von studia liberalia aufzählt. Ob die Unterscheidung von operae illiberales und liberales auch für die locatio conductio operis von Bedeutung war, ist angesichts der wenigen Quellenstellen hierüber nicht unzweifelhaft zu entscheiden.[3])

Aber das römische Recht ging noch weiter. Die artes liberales konnten überhaupt nicht zum Gegenstand rechtlicher Verpflichtung gemacht werden; sie konnten daher auch nicht Gegenstand des Mandats sein.[4]) Der Unterschied zwischen Mandat und Miete ist hienach nicht in der Art der Dienste, sondern in der Entgeltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit zu suchen. Die begriffliche Unentgeltlichkeit des Mandats aber beruhte auf der rein persönlichen Grundlage des officium und der amicitia; vgl. l. 1 § 4 Dig. 17, 1: Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. — Im übrigen aber bestand weder bei Miete noch Mandat ein Grund, eine Beschränkung bezüglich der Art der Tätigkeit aufzustellen. Insbesondere

[1]) Über die Art der oben geschilderten Entwicklung herrscht noch heute lebhafter Streit; vgl. z. B. Karlowa a. a. O. S. 642 einerseits, Löwenfeld a. a. O. andererseits.

[2]) Eingeengt wurde der Begriff der locatio conductio auch dadurch, daß die Vergütung in Geld bestehen mußte.

[3]) Dafür z. B. Danckwardt, die locatio conductio operis, Jahrb. für Dogmatik, Bd. 13 (1874), S. 309. Dagegen W. Endemann a. a. O. S. 652 f., Karlowa a. a. O. S. 648, Riezler a. a. O. S. 15 f.

[4]) Vgl. namentlich Löwenfeld a. a. O.

konnte auch beim Mandat — ebenso wie bei der negotiorum gestio — das negotium gerendum rein tatsächlicher Natur sein; vgl. § 13 Inst. 3, 27: si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta aut sarcinatori sarcienda -- —: mandati competit actio. Ferner konnte ein einzelnes Geschäft oder eine Gruppe von Geschäften, ja die Verwaltung eines ganzen Vermögens mandiert werden (Generalmandat), vgl. z. B. l. 1 § 1 Dig. 3, 3. Zu beachten ist aber beim römischen Mandat stets, daß es auch die äußere Seite des Verhältnisses, die Vollmacht, mitumfaßte.

3. Diese altrömischen Anschauungen, so ideal sie auf der einen Seite waren, hatten auch ihre bedeutenden Schattenseiten. Die artes liberales waren den Unbemittelten verschlossen, und doch übten sie bei fortschreitender Entwicklung eine immer größere Anziehungskraft aus. Hier mußte Wandel geschaffen werden. Ganz unmöglich erschien es nun aber, die artes liberales der locatio conductio einzugliedern, nicht weil dieser Vertrag in der späteren Kaiserzeit zu Gunsten der angeblich wieder mehr zunehmenden Sklavenarbeit[1]) an Bedeutung verloren hätte, sondern aus den schon angegebenen moralischen und sozialen Gründen. Ja man wollte sie eben deshalb nicht einmal dem Mandat unterstellen, auch dann nicht, als man die Konzession gemacht hatte, daß der Empfang und das Versprechen eines Honorars mit dem Mandat vereinbar sei, wenn nur die Dienste nicht um der Bezahlung willen, sondern aus Freundschaft und Gefälligkeit geleistet würden; vgl. l. 6 pr. Dig. 17, 1: si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio; ferner l. 7 l. c. Man mußte sich vielmehr nach andern Hilfsmitteln umsehen.

Die erste Änderung brachte in dieser Beziehung die Ausgestaltung der Innominatkontrakte, besonders der Gruppe facio ut des und facio ut facias, die durch Leistung des einen Teils klagbar wurden; vorausgesetzt war dabei, daß die Dienste dem, dem sie geleistet wurden, eine Bereicherung brachten; dann wurde dem Arbeiter eine actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung, sei diese Geld oder von anderer Art, gewährt; vgl. l. 22 Dig. 19, 5. Umgekehrt war im Fall do ut facias gegen den Arbeiter eine actio

[1]) Die verbreitete Ansicht, daß dies der Fall gewesen sei, ist besonders von E. Meyer a. a. O. widerlegt.

praescriptis verbis gegeben; l. 5 § 2 Dig. 19, 5. — Dazu kam später noch ein weiterer Rechtsbehelf. Die praeceptores studiorum liberalium durften eine Vergütung, soweit eine solche ausdrücklich oder teilweise auch stillschweigend vereinbart war, mit einer actio extraordinaria einklagen,[1]) wobei der Magistrat selbst verhandelte und entschied, ohne daß ein iudex bestellt wurde; vgl. l. 1 Dig. 50, 13. Eine solche Vergütung wurde nicht als eigentliche merces angesehen, sondern als salarium oder honorarium.[2]) Das meiste blieb dabei dem Ermessen des Magistrats anheimgestellt; von festen Rechtsgrundsätzen ist wenig wahrzunehmen.[3])

C. Das sog. gemeine Recht.

Das Christentum brachte eine Umwälzung auch in den Rechtsanschauungen mit sich. Wenngleich die Sklaverei noch lange nicht verschwunden ist, nahm doch die Bedeutung und das Ansehen der freien Arbeit immer mehr zu. Es drang die der christlichen Lehre entsprechende Anschauung durch, daß Arbeit die ethische Hauptpflicht jedes Menschen ist, und daß auch die Lohnarbeit niemals dazu angetan ist, den Freien herabzuwürdigen. — Welch ein Gegensatz zu den altrömischen Anschauungen!

Man sollte nun denken, die Canonisten hätten die Grundsätze über die locatio conductio operarum und operis und über das mandatum, die sie im corpus iuris civilis vorfanden, im Sinn des neuen Zeitgeistes von Grund aus umgestaltet. Aber hiezu kam es nicht; man schloß sich vielmehr aufs engste an das römische Recht an.

Und auch als das romanische Recht in Deutschland rezipiert wurde, hielten Theorie und Praxis an der Geltung des corpus iuris als positivem Gesetz auch in dieser Richtung fest. Denn

---

[1]) Ein den Dienstleistenden von vornherein verpflichtender Vertrag lag also immer noch nicht vor. — Keine Honorarklage wurde den Professoren der Philosophie und Jurisprudenz zugestanden, weil dies gegen ihre philosophischen Grundsätze verstoßen hätte.

[2]) In übertragenem Sinn wurde das Wort merces teilweise auch hier gebraucht.

[3]) In der späteren Kaiserzeit, als nach Erlöschen des Formularprozesses alle Klagen extraordinariae actiones wurden, wurde der in prozessualer Hinsicht bestehende Unterschied bedeutungslos.

obgleich in den deutschen Städten die freie Arbeit eine weite Ausdehnung erfahren hatte, fand sich hier keine genauere allgemeine Ordnung des Arbeitsvertrags vor, vielmehr nur eine Fülle von Dienstverhältnissen, die in ihrer juristischen Gestaltung weit von einander abwichen.[1]) So hielt man sich, allerdings unter Beibehaltung der einheimischen speziellen Rechtssätze, grundsätzlich ans römische Recht; und nur im einzelnen wurden den modernen Anschauungen entsprechend Aenderungen getroffen. Dadurch erklärt es sich auch, daß die in Betracht kommenden Materien in den meisten Lehrbüchern des Pandektenrechts verhältnismäßig wenig ausführlich und ziemlich lückenhaft behandelt sind.

I. So finden wir anfangs immer noch den engsten Anschluß der Dienstmiete an das Recht der Sachenmiete, zum Teil sogar eine völlige Verkuppelung beider.[2])

Andererseits wurde aber doch altem deutschen Gewohnheitsrecht entsprechend die Klagbarkeit der Verträge über operae liberales durchaus anerkannt. Wurden diese unentgeltlich übernommen, so unterstellte man sie dem Mandat,[3]) so daß dieses nunmehr — wie die Geschäftsführung ohne Auftrag[4]) — Dienste jeder Art, neben den niedrigen auch wissenschaftliche und künstlerische zum Gegenstand haben konnte. Wurden operae liberales entgeltlich geleistet, so nahm man einen Vertrag eigener Art an, den man entweder als Innominatkontrakt betrachtete oder aber als honoriertes Mandat;[5]) die Unentgeltlichkeit hielt man beim Mandat nicht mehr für ein essentiale, sondern für ein accidentale negotii; insbesondere wurde die actio mandati contraria auf das Honorar

---

[1]) Auch in den späteren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts findet sich meist nur das Recht spezieller Arbeitsverhältnisse dargestellt; so in den Lehrbüchern von Gerber, Beseler, Gengler, Stobbe. Etwas allgemeiner dagegen Bluntschli § 121 f.

[2]) Vgl. bes. die älteren Pandektenlehrbücher, z. B. Mühlenbruch, 1840, Bd. 2, § 408; v. Wening-Ingenheim, 1837, Bd. 2, § 261.

[3]) Gemeine Meinung.

[4]) Vgl. hiezu auch Kohler, Die Menschenhülfe im Privatrecht, Jahrb. f. Dogm., Bd. 25, S. 1 ff., bes. S. 42 ff.

[5]) Vgl. z. B. Glück, Kommentar der Pandekten, XV, S. 290 ff. u. XVII, S. 314 ff.; Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, 1843, 2. Bd., 2. Abt. §§ 513, II und 526, I; Mühlenbruch a. a. O. § 426.

gewährt. Die operae liberales schlechthin der locatio conductio operarum zu unterstellen, dazu konnte man sich nicht entschließen. Man meinte vielmehr, daß von locatio conductio operarum nur die Rede sein könne, wenn auf der einen Seite operae illiberales und auf der andern eine in Geld bestimmte merces versprochen sei[1]), ohne daß man für diese Ansicht einen weiteren Grund angab als den, daß es schon im römischen Recht so gewesen sei. Wie der Begriff der operae liberales aber abzugrenzen sei, darüber war man sich keineswegs einig. Während die einen solche Tätigkeiten hieher rechneten, die eine gelehrte wissenschaftliche Bildung voraussetzen[2]), oder die keine Schätzung in Geld zulassen[3]), hoben die andern nach subjektiven Momenten ab und verstanden darunter Dienste, die (früher wenigstens) nicht der Bezahlung wegen geleistet wurden[4]), vielmehr eine besondere persönliche Zuneigung des Dienstleistenden voraussetzen, oder bei denen man sich die Belohnung mehr als eine Ehrenschuld zu denken hat.[5]) Zum Teil findet sich auch eine Verbindung dieser Gesichtspunkte.[6])

II. Eine weitergehende Loslösung vom römischen Recht brachten erst die neueren Pandektenwerke. Mit der Zeit drang nämlich immer mehr die Erkenntnis durch, daß die Benützung geistiger Tätigkeit zum Erwerb nicht nur nicht als eine Verletzung des Anstands und der Würde erscheine, sondern überhaupt nichts Außergewöhnliches und Auffälliges sei.[7]) Und so erhob sich die Frage, ob die alte Unterscheidung überhaupt noch gerechtfertigt sei. Dies hatte zur Folge, daß die einen den seither festgehaltenen Gegensatz zwischen operae illiberales und liberales in Beziehung auf den Lohn und damit auf die Vertragsform immer mehr aufgaben,

---

[1]) Glück, Göschen a. a. O; Mühlenbruch § 408.

[2]) Göschen a. a. O.

[3]) Glück a. a. O.; Arndts, Pandekten § 314.

[4]) Mühlenbruch a. a. O.

[5]) Keller, Pandekten, 2. Bd., § 312.

[6]) Weiske, Rechtslexikon, 1847, Bd. VII. S. 408; Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preuß. Recht, 1859, Bd. 3, § 284.

[7]) Vgl. bes. Windscheid, Pandekten, 6. Aufl., 1887, II, § 404; W. Endemann, Die nationalökonomischen Grundsätze der kanonistischen Lehre, 1863, S. 61, f.; Ihering, Der Zweck im Recht, 2. Aufl., 1884, S. 106 ff.

während andere die Berechtigung eines Gegensatzes auch für die neue Zeit ausdrücklich zu begründen versuchten.

1. Die erste Gruppe von Schriftstellern ging davon aus, daß zwar auch jetzt noch die entgeltlichen Verträge über operae liberales nicht nach Mietrecht, sondern hauptsächlich nach den für die Innominatkontrakte geltenden Regeln zu beurteilen seien. Da aber die Innominatkontrakte heute im wesentlichen den Konsensualkontrakten analog zu behandeln seien und zwar denjenigen, denen sie ihrem materiellen Inhalt nach am nächsten stünden, so finde zwischen Verträgen der fraglichen Art und eigentlichen Dienstmietverträgen nur noch eine nominelle Verschiedenheit statt,[1]) zumal auch bei den letzteren freies Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen sei.[2])

Da man aber andererseits doch wieder die Empfindung hatte, daß in manchen Fällen — insbesondere solange man dem römischen Ausdruck mandatum entsprechend Auftrag und Vollmacht nicht genügend auseinanderhielt[3]) — die Mandatsgrundsätze nicht entbehrlich seien, so anerkannte man daneben auch das honorierte Mandat, dessen Abgrenzung von jenen andern entgeltlichen Verträgen allerdings ziemlich im Dunkeln blieb.[4])

Einige Schriftsteller gingen aber noch einen Schritt weiter;[5])

---

[1]) Weiske a. a. O. S. 805 u. 827. Ähnlich Keller a. a. O. §§ 338, 344; Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, §§ 331, 370; Windscheid a. a. O. §§ 399, 401, 404, 409 („Man spreche nicht von Mietvertrag; trotzdem gälten die gleichen Regeln wie bei diesem.") S. auch schon Unterholzner, Obligationenrecht, 1840, § 618 (der zugleich den Ausdruck operae liberales heftig angreift, da er ähnlich klinge wie „wissenschaftliches Handwerk.") Schließlich Baron, Pand., 1896, § 296 a. E.

[2]) Windscheid § 404 Anm. 3.

[3]) Vgl. z. B. Weiske a. a. O. einerseits. Andererseits aber Windscheid § 409.

[4]) Vgl. z. B. den unsicheren Begriff „Dienstleistung" bei Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1868, 2. Bd., § 119 im Verh. zu §§ 113 und 118, B., bes. § 113, Anm. 8. (Sintenis hat übrigens die hier interessierenden Materien verhältnismäßig sehr ausführlich behandelt.) Baron a. a. O. §§ 296, zu 299; Windscheid §§ 404 zu 409.

[5]) Danckwardt, locatio conductio operis, Jahrb. f. Dogm., Bd. 13 (1874) S. 299 ff.; Der Arbeitervertrag, Jahrb. f. Dogm., Bd. 14 (1875) S. 228 ff. Waechter, Pandekten, 2. Bd., 1881, § 202 Beil. I No. IV und § 209 Beil. II No. II. — Vgl. auch Koch a. a. O. §§ 284, 344 — Entsch. d. Reichsger. in Civilsachen, Bd. 18, S. 174 ff.

sie ließen das honorierte Mandat ganz fallen und erklärten, daß in allen Fällen, in denen ein bestimmter Lohn für Arbeit versprochen werde, locatio conductio operarum oder operis vorliege. Sie weisen aber andererseits darauf hin,[1]) daß man bei der Dienstmiete für gewisse Fragen auf die Analogie des Mandats zurückgehen müsse. Denn es begreife sich von selbst, daß für alle Fälle, wo jemand einem andern mit dessen Wissen und Willen Dienste leiste, auf beiden Seiten Verpflichtungen entstehen müssen, welche ganz unabhängig von der Frage seien, ob der Dienst bezahlt oder umsonst geleistet werde. Die hier normierenden Rechtssätze liefere das Mandat. Alle Rechtssätze des Mandats, die nicht in der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung ihren Grund haben, gälten daher analog für die l. c. operarum und operis.[2])

Mit diesen Ausführungen wäre Klarheit und Einheitlichkeit in die ganze Lehre gebracht gewesen, obwohl sie sich quellenmäßig nicht begründen lassen.

2. Ihre Berechtigung wurde denn auch von andern Schriftstellern bestritten, die für bestimmte Fälle das honorierte Mandat aufrecht erhalten wünschten. Worin soll nun die Eigentümlichkeit dieser Verträge liegen?[3])

Nach Brinz[4]) und Dernburg[5]) handelt es sich bei der Dienstmiete um Arbeiten, die um des Lohnes willen übernommen werden und nach Anordnung und Geheiß des Arbeitgebers zu geschehen haben, ohne daß es sich gerade um Handarbeit, sog. illiberale Dienste, handeln müsse. Das honorierte Mandat dagegen habe Arbeiten zum Gegenstand, deren Wert sich in Geld gar nicht abschätzen lasse, und die nicht um der Bezahlung willen, sondern im Interesse des Auftraggebers und um allgemeiner Zwecke willen vorgenommen werden. Diese Gesinnung wolle und unterstelle das Recht bei Besorgung gewisser Angelegenheiten (z. B. beim Rechtsanwalt, Arzt,

[1]) Hierauf hat zuerst Waechter aufmerksam gemacht.

[2]) Vgl. Danckwardt a. a. O., Bd. 13, S. 315, 329, 331, 340, 347, 365; Bd. 14, S. 241, 249, 251.

[3]) Vgl. bes. Löwenfeld, Gutachten aus dem Anwaltstand über die 1. Lesung des Entw. eines B.G.B., 1890, S. 858 ff.; Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen, 1895, 2. Bd, § 34 und 32.

[4]) Brinz, Pandekten, 2. Aufl., 2. Bd., S. 762 und 774.

[5]) Dernburg, Pandekten, 1. Aufl., 1886, 2. Bd., §§ 112 und 115.

Lehrer). Wenn in diesen Fällen eine Vergütung gewährt werde, so erscheine diese nicht als ein „dem marktgängigen Tauschwert des Dienstes entsprechender Lohn, sondern als eine nicht auf Worte sich beschränkende Dank- und Ehrerweisung".

Von Loewenfeld[1]) ist hiegegen eingewandt worden, daß nach den Quellen das honorierte Mandat unbestrittenermaßen illiberale Dienste zum Gegenstand haben könne, wobei dann das Honorar nicht als „Dank- und Ehrerweisung" für eine „in Geld nicht abschätzbare Arbeit" erachtet werden könne. Er gibt daher eine andere Erklärung. Nach ihm wird beim Dienstvertrag die Leistung um der Gegenleistung willen übernommen, so daß die Gegenleistung den Motor zur Arbeit bildet. Beim honorierten Mandat dagegen wird die Arbeit infolge persönlicher Beziehungen unter den Vertragsparteien unentgeltlich, um ihrer selbst willen, geleistet. Das Honorar sei nur Mittel zum Zweck, nämlich „eine Sustentation zum Zweck der Ermöglichung des Dienstes", die die Unentgeltlichkeit des Auftrags nicht berühre. Im übrigen sei zwischen Auftrag und Dienstvertrag kein Unterschied, beide hätten „bezahlbare Dienste" zum Gegenstand. — Nun finde sich aber eine Gruppe von Berufsarten, die wissenschaftlichen, theoretischen wie praktischen, die ihrem Wesen nach keine mercenären Motive vertragen und in diesem Sinne unbezahlbar seien. Bei ihnen könne wie bei den Römern auch noch heute nicht von Bezahlung und Dienstvertrag die Rede sein, sondern nur von Sustentation für die Zwecke der Berufsübung. Trotzdem seien sie aber auch nicht Gegenstand des Mandats, eben weil jenes bezahlbare Dienste zur Voraussetzung habe; sie seien vielmehr einer besonderen rechtlichen Behandlung bedürftig.

Dieser Auffassung, die sicherlich den realen Bedürfnissen wenig entspricht, ist besonders Petrazycki gegenübergetreten.[2]) Nach ihm wird der Dienstvertrag wegen eines erwarteten Gewinnes eingegangen zwecks Erwerbs eines Arbeitseinkommens, so daß sich die Vergütung als wirkliche Gegenleistung darstellt. Das honorierte Mandat dagegen soll aus uneigennützigen Motiven übernommen werden und das Honorar nur eine scheinbare Gegenleistung, in Wahrheit „ein

[1]) Loewenfeld, Gutachten, S. 884 ff.; vgl. auch Inästim. und Honorierung ꝛc.

[2]) Petrazycki a. a. O. § 34.

spezifizierter Ersatz des geopferten Arbeitseinkommens" sein. — Der Begriff des honorierten Mandats hat aber nach ihm um deswillen eine sehr geringe praktische Bedeutung, weil — wie er selbst zugesteht — seine eigene Theorie des Honorars beim mandatum auf diejenigen Remunerationen nicht zu erstrecken ist, die bei der berufsmäßigen Ausübung der sog. operae liberales, z. B. der Advokatur, der Medizin gewonnen werden. Er betont, daß zwar auch hiebei der Erwerbszweck in den Hintergrund trete, um den mehr ideellen Rücksichten Platz zu machen, daß aber Honorare der letzteren Art, wenn auch nicht als merces, so doch als normale berufsmäßige Einkommen erscheinen, und daß dieser Gegensatz zum honorierten Mandat die Anwendung der identischen Rechtsregeln ausschließe.[1])

Wie weit nun diese Anschauungen für das gemeine Recht begründet waren, kann hier im einzelnen nicht untersucht werden. Ihre Bedeutung für das B.G.B. wird nach Betrachtung der Entstehungsgeschichte des B.G.B. selbst zu prüfen sein.

Zuvor noch einen Blick auf die neueren Kodifikationen!

D. Die neueren Kodifikationen.

1. Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten vom J. 1794 behandelt in einem Abschnitt „Verträge über Handlungen"[2]) die Arbeitsverträge schlechthin; I, 11 §§ 869–980. Es hebt dabei aus dem weiten Kreis dieser Verträge besonders hervor die Verträge mit gedungenen Handarbeitern und Taglöhnern, sowie die mit Handwerkern und Künstlern, I, 11 §§ 894—924, wobei für die Verträge der zwei letzteren Gattungen im allgemeinen dieselben Regeln gelten wie für die zwei ersteren.[3]) Die Verträge über

[1]) Eine Verbindung der verschiedenen Gesichtspunkte bezüglich des Wesens des Honorars findet sich bei Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., 1903: „Honorar ist etwas anderes als Lohn; es bezweckt nicht Geldgewinn; es wird gewährt als Bezeigung der Dankbarkeit, als Anerkennung für die geleisteten Dienste, als Entschädigung für Auslagen, die im einzelnen nicht leicht berechnet werden können, wie auch als eine Sustentation während der Zeit der Geschäftsbesorgung."

[2]) Die Überschrift des 8. Abschn. (I. Teil, 11. Titel) lautet: „Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden."

[3]) Vgl. Foerster-Eccius, Theorie und Praxis des heut. gem. preußischen Privatrechts, 2. Bd., § 138; Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 2. Bd., §§ 191 ff.

operae liberales (also insbes. mit Ärzten, Lehrern, Technikern und Anwälten, wenn es sich nicht um Vertretung handelt) sind dagegen nicht Gegenstand eigener Bestimmungen, sondern stehen unter den allgemeinen Grundsätzen der Verträge über Handlungen. Besonders behandelt ist fernerhin in §§ 925 ff. die Werkverdingung, d. h. ein Vertrag, durch den sich ein werkverständiger Unternehmer zur Herstellung eines materiellen Werks im Ganzen gegen eine Vergütung verpflichtet.[1])

Sodann ist in I, 13 §§ 5—227 der „Vollmachtsauftrag" geregelt, wobei dem Beauftragten das Recht erteilt wird, ein „Geschäft" des Auftraggebers „für ihn und statt seiner zu betreiben." Eine Vergütung konnte gewährt werden. In erster Linie handelte es sich dabei im Gegensatz zu den Verträgen über Handlungen um die Vertretung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften; im übrigen war aber streitig, was unter „Geschäft" oder „Privatgeschäft" (§ 18) zu verstehen sei, ausschließlich Rechtsgeschäfte[2]) oder Rechtshandlungen[3]) oder „jede Angelegenheit eines andern, soweit dieselbe eine privatrechtliche Tätigkeit erfordert."[4]) Allgemein im weitesten Sinne wurde das „Geschäft" bei der Geschäftsübernehmung ohne Auftrag, I, 13 §§ 228—261, aufgefaßt.[5])

Daneben kannte das A.L.R. noch einen besonderen Verwaltungsvertrag, I, 14 §§ 109 ff., der die Verwaltung eines fremden Vermögens (fremder Sachen und Güter) betraf. Dieser Vertrag war insofern eine Mischung von Mandat und Dienstmiete, als die Verwaltung, insbes. die Erhaltung eines Vermögens nicht nur rechtliche Vertretung, sondern auch rein tatsächliche Dienstleistungen erfordert. Er war zugleich Verwahrungsvertrag, insofern dem Verwalter die Vermögensstücke in Gewahrsam übergeben werden mußten, wodurch der Verwalter eine gewisse selbständige Stellung bekam. Weder Unentgeltlichkeit noch Entgeltlichkeit waren wesentliche Momente des Vertrags.[6])

---

[1]) Vgl. Foerster-Eccius a. a. O. § 138, III; Dernburg a. a. O. §§ 199 ff.

[2]) Koch a. a. O. S. 530.

[3]) Dernburg a. a. O. § 180.

[4]) Foerster-Eccius a a. O. § 141, S. 306.

[5]) Koch S. 581; Dernburg § 284; Foerster-Eccius § 149, S. 445.

[6]) Vgl. Foerster-Eccius § 142; Dernburg § 184.

2. Im code civil vom J. 1804[1]) ist der Arbeitsvertrag unter dem Titel du contrat de louage (Art. 1708 ff.) geregelt. Es sind dabei in Art. 1779 drei espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie aufgeführt: 1. des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un (Dienstboten und Handarbeiter, Art. 1780 f.), 2. des voituriers par terre et par eau (Art. 1782 ff.), 3. des entrepeneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés (Unternehmer bestimmter Arbeiten nach Anschlag oder Akkord, Art. 1787 ff.). Zu einer weiteren Unterscheidung sah man sich nicht veranlaßt. Dienste höherer Natur sind nicht ausgeschlossen. — Da aber der code über die genannten Verträge nur sehr wenige Bestimmungen enthält, so sind dieselben auch nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen zu beurteilen, sofern nicht besondere Gesetze bestehen.[2])

Außerdem ist in Art. 1984 ff. das Mandat behandelt, welches unentgeltlich ist, sofern nicht das Gegenteil ausgemacht ist, Art. 1986. Ist eine Vergütung vereinbart, so hat dieselbe die gleiche Bedeutung wie beim Dienst- und Werkvertrag, sie ist Entgelt, Gegenleistung.[3]) Das eigentliche Wesen des Mandats wird darin gefunden, daß der Auftraggeber dem Beauftragten die Befugnis einräumt und dieser sich verpflichtet, für ihn und in seinem Namen zu handeln; Art. 1984: le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Hieraus wird von den meisten eine Beschränkung des Mandats auf die Besorgung von Rechtsgeschäften abgeleitet, während andere eine weitere Auslegung für richtig halten.[4])

Arbeitsverträge, die unter keine der genannten Gattungen begriffen werden können, unterstehen den allgemeinen Grundsätzen über Vertragsverbindlichkeiten.

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag gebraucht der code (Art. 1372) die Worte: lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion — —, ohne daß hierin eine Beschränkung hinsichtlich der Tätigkeit zu erblicken wäre.[5])

[1]) Teulet, Les codes de l'Empire Français.

[2]) Stabel, Institutionen des franz. Civilrechts, 2. Aufl., § 203.

[3]) So die herrschende Meinung, die aber nicht unbestritten ist.

[4]) Zachariae, Französisches Civilrecht, 8. Aufl., Bd. 2, § 390.

[5]) Wie der code auch das badische Landrecht. Vgl. Behaghel, Badisches bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1892, Bd. 2, §§ 219, 222, 239.

3. Nach dem Österreichischen Allgemeinen B.G.B.[1]) von 1811 entsteht ein „Lohnvertrag", wenn sich jemand „zur Dienstleistung oder Verfertigung eines Werkes gegen einen gewissen Lohn im Gelde verpflichtet", § 1151. Es gelten aber die gleichen Regeln, für den Fall, daß die Vergütung nicht in Geld besteht, § 1173; ferner für „Rechtsfreunde, Ärzte und Wundärzte, Faktoren, Provisoren, Künstler, Lieferanten und andere Personen, welche sich für ihre Bemühungen einen Gehalt, eine Bestallung oder sonst eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen haben, insofern hierüber keine besondere Vorschriften bestehen", § 1163.

Neben dem Lohnvertrag ist noch ein unentgeltlicher und ein entgeltlicher Bevollmächtigungsvertrag anerkannt, §§ 1002, 1004. Im Zweifel ist Unentgeltlichkeit anzunehmen, § 1013. Der Bevollmächtigungsvertrag wird definiert als ein „Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des andern zur Besorgung übernimmt." Welche Handlungen hienach Gegenstand des Auftrags sein können, ist nicht unzweifelhaft; die einen nehmen nur juristische Handlungen an,[2]) während andere auch rein tatsächliche Tätigkeiten hieher rechnen.[3]) Die Tätigkeit der Rechtsfreunde, Faktoren, Provisoren wird von den meisten zunächst (§ 1163 a. E.) den Auftragsregeln unterstellt.[4])

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ist ebenfalls von „Geschäft besorgen" die Rede (§§ 1035 ff.), wobei der Ausdruck Geschäft in gleichem Sinn verstanden wird wie beim Mandat.[5])

4. Nach dem Sächsischen B.G.B. von 1863 können Gegenstand des Dienstvertrags Dienste jeder Art sein, § 1230. Als Auftrag ist der Vertrag bezeichnet, „durch welchen sich jemand einem andern verpflichtet, dessen Willen gemäß Geschäfte unentgeltlich zu führen," § 1295. Eine Vergütung kann dabei zwar vorkommen, aber eine gesetzliche Vermutung spricht dann für den Dienstvertrag; vgl. § 1299: „Wird eine Gebühr für die Führung von Geschäften bedungen, so finden die Vorschriften über den Auftrag nur Anwendung, wenn die Vertragschließenden dessenungeachtet einen Auftrag beabsichtigt haben."

[1]) Vgl. Herzfeld, Textausgabe, 1899
[2]) Krainz, System des öst. allg. Privatrechts, 2. Aufl., 2. Bd., S. 252 N. 6.
[3]) Unger, System des öst. allg. Privatrechts, 2. Bd., S. 139 N. 40.
[4]) Krainz S. 231.
[5]) Krainz § 410 A. 6; Unger S. 140 N. 42.

5. Das Schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 bestimmt:

Art. 338 Abs. 1: „Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von persönlichen Diensten und der Arbeitgeber zur Entrichtung einer Vergütung."

Art. 348: „Die Vorschriften dieses Titels finden auch Anwendung auf Dienstverhältnisse, in welchen gegen ein verabredetes oder vorausgesetztes Honorar solche Arbeiten zu leisten sind, welche eine besondere Fachkenntnis, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen (freie Dienste)."

Art. 350: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Fertigstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung."

Art. 392: „Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, das ihm übertragene Geschäft nach dem Willen des Auftraggebers zu besorgen.

Eine Vergütung (Provision, Honorar) ist nur dann zu leisten, wenn eine solche verabredet oder üblich ist."

Art. 469: „Wer für einen andern ein Geschäft besorgt, ohne von diesem beauftragt zu sein, der Geschäftsführer, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen — —."

Das schweizerische Recht kennt also neben dem unentgeltlichen einen entgeltlichen Auftrag, und dessen Gegenstand ist — wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag — die „Geschäftsbesorgung." Was hierunter zu verstehen ist, bildet auch im Schweizer Recht eine kontroverse Frage, die sich mit der Streitfrage des deutschen B.G.B. überaus nahe berührt.[1]) — Während die einen jede Tätigkeit als Geschäftsbesorgung anerkennen,[2]) wollen andere nur die Vornahme von Rechtsgeschäften gelten lassen.[3]) Wieder andere

[1]) Eingehend behandelt ist die schweizerische Streitfrage von Suter, Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht, Berner Dissertation, 1904, S. 16 ff.

[2]) Thalberg, Der Dienstvertrag des Schweiz. Obl.rechts, Züricher Diss., 1889, S. 44; Bermann, Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schw. Obl., Züricher Diss., 1896, S. 7; vgl auch Schneider & Fick, Das Schw. Obligationenrecht, größ. Ausgabe, 1891, zu Art. 392 N. 2 u. Bem. zu Art. 469.

[3]) Vogt, Leichtfaßliche Anleitung zur Anwendung des Schw. O., 1882, S. 230; Rossel, Droit fédéral des obligations, 1892, No. 514, S. 459 u. 461.

rechnen außer den rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten solche faktische Tätigkeiten hieher, die „eine Beziehung auf den Abschluß oder die Ausführung vermögensrechtlicher Geschäfte" haben,[1]) oder aber alle faktischen Dienstleistungen außer denjenigen, die (im deutschen Recht) Lotmar vom Begriff der Geschäftsbesorgung ausgenommen hat (vergl. oben S. 13.[2]) Manche wollen die freien Dienste, die sog. liberalen Berufsarten, von der Geschäftsbesorgung schlechtweg ausschließen.[3])

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich fernerhin daraus, daß im Sinn des schweizerischen Rechts zwar alle Verträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, keine Aufträge sind, daß aber nicht alle Verträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, als Auftragsverträge zu betrachten, vielmehr teilweise den Dienstverträgen zu unterstellen sind, insbesondere wegen des Kündigungsrechts. Wie nun diese Grenze zu ziehen ist, ist ebenfalls äußerst bestritten.

Daß die Vergütung auch beim entgeltlichen Auftrag als wirkliche Gegenleistung aufzufassen ist, wird zugegeben,[4]) so daß hier das Unterscheidungsmerkmal nicht gefunden werden kann. Dagegen betrachten manche als charakteristisches Merkmal des Dienstvertrags ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis[5]) — oder als Merkmal des Mandats ein ganz besonderes Vertrauensverhältnis.[6]) Nach anderer Meinung ist beim Dienstvertrag das Ziel des Arbeitgebers, die Verfügungsbefugnis über die verdungene Arbeitskraft zu erlangen; beim Auftrag sei es ein wirtschaftlicher Erfolg; dieser sei beim Dienstvertrag erst das Sekundäre.[7]) Endlich wird die Ansicht vertreten:[8]) Die Mehrzahl der Aufträge ziele auf die Besorgung eines einzelnen Geschäfts, auf die Erledigung einer ein-

[1]) Hafner, Kommentar zum Obl.-R., 2. Aufl., 1898, zu Art. 392 No. 2 u. zu Art. 469 No. 2.

[2]) Suter a. a. O. S. 20 f.

[3]) Hafner a. a. O.; Thalberg a. a. O S. 43 f.

[4]) Vgl. Suter a. a. O. S. 37 f.

[5]) Rossel a. a. O. No. 448, S. 416.

[6]) Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. III, S. 310 Erwägung 1.

[7]) Thalberg a. a. O., S. 49.

[8]) Suter a. a. O., S. 26 f.; Hafner a. a. O.

zelnen Angelegenheit, und der Beauftragte werde in selbständiger Stellung tätig, während da, wo die Geschäftsbesorgung auf eine gewisse Dauer in der Weise vereinbart werde, daß der Arbeitgeber in dieser Zeit über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers die Dispositionsbefugnis habe, ein Dienstvertrag vorliege.[1])

Wir sehen hieraus: Verschiedene Begriffsmerkmale, die für die „Geschäftsbesorgung" in unserem B.G.B. behauptet worden sind, finden sich auch im Schweizer Recht teils verteidigt, teils befehdet. Bei Besprechung der reichsdeutschen Literatur werden diese Ansichten mit zu beachten sein.

E. Die Entstehungsgeschichte des B.G.B.

Fassen wir nun die Entstehung des B.G.B. selbst ins Auge!

I. Auch der Entwurf 1. Lesung eines B.G.B. für das Deutsche Reich hat keine einheitliche Regelung des Arbeitsvertrags gebracht, wie dies von manchen erhofft wurde.[2]) Einmal sind viele Spezial-

[1]) Vgl. nunmehr auch die Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betr. die Ergänzung des Entwurfs eines schweizerischen Civilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts vom 3. März 1905, Art. 1369, 1403, 1405, 1448, 1520. — Abgeändert ist hienach nur die Definition des Dienstvertrags, wobei eine klarere Abgrenzung sowohl gegenüber dem Werkvertrag als gegenüber dem Auftrag angestrebt wird. Art 1369 bestimmt nämlich:

„Jeder Vertrag, wonach jemand als Arbeiter, Angestellter oder Lehrling einem Dienstherrn oder Arbeitgeber Dienste auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Lohn zu entrichten hat, ist als Dienstvertrag zu beurteilen.

Der Vertrag ist auch dann ein Dienstvertrag, wenn dem Arbeitnehmer der Lohn nach Maßgabe der geleisteten Arbeit und nicht nach der Zeit verversprochen wird (Stücklohn, Akkord), sobald er von ein und demselben Arbeitgeber auf bestimmte oder unbestimmte Zeit angestellt ist.

Wer nicht angestellt ist, steht nur dann im Dienstvertrag, wenn er seine Arbeit nach der Zeit verrichtet."

Hiezu ist in der Botschaft S. 33 bemerkt: Entscheidend ist also, ob ein Arbeiter seine Arbeitskraft einem Arbeitgeber auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Verfügung stellt, oder ob er nur die Vornahme einer Handlung oder die Herstellung eines Werkes übernimmt, ohne zeitlich gebunden zu sein, so daß mit der Vornahme der Handlung oder der Herstellung des Werkes das Rechtsverhältnis beendigt wird. Liegt letzteres vor, so kann es sich nicht um einen Dienstvertrag handeln.

[2]) Vgl. bes. W. Endemann a. a. O.

gesetze über Arbeitsverträge aufrecht erhalten bezw. zugelassen; vgl. namentlich das H.G.B. über die Dienstverträge der Handlungsgehilfen und -Lehrlinge, der Handlungsagenten ꝛc., und über die besonderen Werkverträge des Handelsrechts; die Gewerbeordnung über die Dienstverträge der gewerblichen Arbeiter; die Rechtsanwaltsordnung; die Seemannsordnung u. a.; von Landesgesetzen die Gesindeordnungen. Für diese Verträge kommt das B.G.B. nur in Betracht, soweit sie nicht in den Spezialgesetzen abschließend geregelt sind. Sodann sind auch im B.G.B. selbst verschiedene Typen anerkannt.

Als Hauptarten des Arbeitsvertrags sind gesondert zunächst der Dienst- und Werkvertrag, beide notwendig entgeltlich, geregelt. Daneben haben Mäkler- und Verwahrungsvertrag[1]) eine besondere Regelung erfahren. Sodann wird ebenfalls gesondert der Auftrag behandelt, unter scharfer Trennung von Auftrag und Vollmacht; letztere ist in den allgemeinen Teil verwiesen. Der Auftrag soll nicht nur als unentgeltlicher möglich sein, sondern auch das Versprechen einer Vergütung zulassen. — Wie nun das Verhältnis von Dienst- und Werkvertrag zum Auftrag zu denken sei, worin insbesondere das Wesen des letzteren bestehe, darüber gibt der Entwurf selbst keine Auskunft. Man glaubte, die Aufgabe, diese Frage zu lösen, entziehe sich der Erledigung durch das Gesetz, und man könne die Lösung ohne Besorgnis der Wissenschaft überlassen.[2]) Man wollte nur durch die Fassung der betreffenden Paragraphen auf den Unterschied hinweisen. Man gab folgende Formulierung:[3])

§ 559: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt (Dienstverpflichteter), verpflichtet, dem andern Vertragschließenden (Dienstberechtigter) die vereinbarten Dienste zu leisten, der Dienstberechtigte verpflichtet, dem Dienstverpflichteten die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Gegenstand des Vertrags können Dienste jeder Art sein."

§ 567: „Durch den Werkvertrag wird der Übernehmer zur Herstellung des übernommenen Werkes, der Besteller zur Errichtung der dafür vereinbarten Vergütung verpflichtet."

---

[1]) Im 1. Entw. Hinterlegungsvertrag genannt.

[2]) Motive II, S. 526.

[3]) Vgl. Entwurf, Amtliche Ausgabe, 1888.

§ 579: „Auf den Vertrag, welcher nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern einen anderweiten durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften der §§ 567 bis 578 mit folgenden Maßgaben entsprechende Anwendung — —."

§ 585: „Durch die Annahme des Auftrags wird der Beauftragte verpflichtet, das ihm von dem Auftraggeber aufgetragene Geschäft für diesen zu besorgen."

§ 586: „Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren."

Man war also der Ansicht, die Verschiedenheit der genannten Verträge dadurch klargestellt zu haben, daß man in § 585 von „Auftrag", „Geschäft" und „besorgen" redete. Die Motive weisen nur ausdrücklich daraufhin, daß die Unterscheidung zwischen operae liberales und illiberales hinsichtlich der Vertragsform den heutigen sozialen Anschauungen entsprechend aufgegeben worden sei,[1]) fernerhin,[2]) daß das Wort „Geschäft" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und der Sprache des Entwurfs insbesondere die Deutung nicht zulasse, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte zu verstehen, eine bloße tatsächliche Dienstleistung also nicht gemeint wäre. Eine und dieselbe Handlung könne vielmehr bald Gegenstand eines Mandatsvertrags, bald eines Dienstvertrags sein,[3]) wie im Einzelfall auch die Entscheidung zwischen Mandat und einem andern Vertrag (z. B. Hinterlegungsvertrag) in Frage stehen könne. Wichtiger als die prinzipielle Feststellung von Unterscheidungsmerkmalen werde es sein, im einzelnen Fall festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander abweichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschließenden entsprechen. Die Umstände des einzelnen Falls könnten auch so liegen, daß ein aus Elementen verschiedener Vertragsverhältnisse gemischter Vertrag anzunehmen sei. — Die Unentgeltlichkeit sei jedenfalls nicht ein wesentliches Requisit des Auftragsvertrags, wenn auch darin, daß Dienste unentgeltlich zu leisten seien, in concreto immerhin ein wichtiges

---

[1]) Mot. II S. 456.

[2]) Mot. II S. 526 ff.

[3]) Bezüglich des Werkvertrags nehmen die Motive S. 472, 473 in dieser Richtung durchaus auf die für den Dienstvertrag geltenden Ausführungen Bezug.

Moment für die Annahme eines Auftragsverhältnisses liegen möge. Die Zulassung des entgeltlichen Auftrags werde von den Anschauungen und Verkehrsverhältnissen der Gegenwart durchaus gefordert. Der Auftrag nehme übrigens durch das Versprechen einer Vergütung allein noch nicht wie der Dienstvertrag den Charakter eines gegenseitigen Vertrags an.

Die Motive machen auch noch darauf aufmerksam,[1]) daß bei unentgeltlicher vertragsmäßiger Übernahme von Diensten unter Umständen nicht Auftrag, sondern Schenkung, unter Umständen aber auch weder Auftrag noch Schenkung vorliege. Dann soll es nicht ausgeschlossen sein, daß einzelne mit der Entgeltlichkeit des Dienstvertrags nicht in Zusammenhang stehende Vorschriften über den Dienstvertrag auch auf jenen Vertrag anwendbar sind. —

Eine an den Wortlaut des § 585 erinnernde Formulierung brachte der Entwurf schließlich noch in § 749: „Wer für einen andern ohne dessen Auftrag und ohne Amtspflicht ein Geschäft besorgt, haftet dem Geschäftsherrn — —." Unter dem Ausdruck „ein Geschäft besorgen" sollen — wie die Motive hervorheben[2]) — gerade wie beim Auftrag nicht nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, sondern auch tatsächliche Dienstleistungen begriffen werden.[3])

II. Es ist nicht zu leugnen, daß auch nach den Ausführungen in den Motiven jede erkennbare Abgrenzung zwischen dem Tatbestand des entgeltlichen Auftrags einerseits und dem des Dienst- und Werkvertrags andererseits fehlt, obwohl die Rechtswirkungen des Dienst- und Werkvertrags von denen des Auftrags völlig verschieden sind. Als das charakteristische Merkmal des Auftrags dessen freie Widerruflichkeit zu bezeichnen, konnte nicht angängig sein, da sich diese als eine Besonderheit in den Rechtswirkungen, nicht im Tatbestand darstellt. Wie sollte man nun „im einzelnen Fall" einen Vertrag beurteilen, bei dem der „Wille der Vertragschließenden" verschieden ist? Ist es fernerhin gerechtfertigt, daß der entgeltliche und der unentgeltliche Auftrag genau nach denselben Grundsätzen behandelt sind?

[1]) Mot. II S. 459.

[2]) Mot. II S. 855.

[3]) Der Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag" ist als drittletzter Titel im Recht der Schuldverhältnisse geregelt.

So ist es nicht zu verwundern, daß der Entwurf in dieser Richtung von den meisten heftig angegriffen wurde;[1]) nur wenige waren mit dieser Regelung einverstanden.[2]) Dagegen fand der Entwurf fast allgemeine Anerkennung dafür,[3]) daß er die gemeinrechtliche grundsätzliche Gegenüberstellung von operae liberales und illiberales aufgegeben hatte.[4])

Eine solche Kritik konnte auf den Entwurf 2. Lesung nicht ohne Einfluß bleiben. Daher entschloß man sich, im 2. Entwurf den Auftragsbegriff durch Aufnahme des Merkmals der Unentgeltlichkeit in § 585 einzuschränken; § 586 wurde gestrichen.

Hienach sind alle Verträge auf entgeltliche Arbeitsleistung dem Begriff des Dienst- bezw. Werkvertrags zu unterstellen, die Grenzlinien also insofern klargestellt.

Die Definitionen für Dienst- und Werkvertrag selbst wurden — wenigstens was ihren sachlichen Inhalt anbelangt — nicht geändert.[5]) Dagegen mußten die Titel Dienst- und Werkvertrag im ganzen ihrer gesteigerten Bedeutung entsprechend vergrößert werden; insbesondere waren die Bestimmungen über die Kündigung beim Dienstvertrag wesentlich zu verändern. So wurden u. a. die heutigen §§ 622, 623, 627 neu aufgenommen.

Nun verschloß man sich aber nicht der Erwägung, daß einige der für den Auftrag beschlossenen Rechtssätze auch auf gewisse Dienst- und Werkverträge passen. Nach Ansicht der Kommission[6]) passen dieselben in der Regel dann, wenn es sich beim Dienst- und Werkvertrag um eine „Geschäftsbesorgung" für den Dienstberechtigten oder Besteller handelt. Deshalb schob man in den Auftragstitel folgenden § 606 neu ein:

---

[1]) So Bernhöft, Loewenfeld, Grünberg, Goldschmidt, Hachenburg; vgl. die Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum Entw. eines B.G.B., gef. im Reichsjustizamt, 1890, Bd. 2, S. 329 und 330; und Gutachten aus dem Anwaltstand, S. 110 ff. (Hachenburg) u. S. 861 ff. (Loewenfeld).

[2]) So Laband, Zusammenstellung ꝛc., S. 330.

[3]) Vgl. Bernhöft und Grünberg, Zusammenstellung ꝛc., S. 303.

[4]) Getadelt wird dies dagegen von Loewenfeld, Gutachten S. 896 ff. Siehe hiegegen Protokolle II S. 277.

[5]) Die §§ 567 (Abs. 1) und 579 wurden in einen § zusammengezogen.

[6]) Prot. II S. 377.

„Die Vorschriften der §§ 590—595, 599—603 finden entsprechende Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung in einem Dienst- oder Werkvertrag übernommen ist."

Freilich was unter „Geschäftsbesorgung" zu verstehen sei, ist nicht gesagt. Die Protokolle bemerken nur,[1]) der § sei nach Beseitigung des entgeltlichen Auftrags aufgenommen worden für „die Fälle, in denen tatsächlich eine solcher vorliege". Sodann fügen sie bei, es müsse davon ausgegangen werden, daß nicht ohne weiteres in jeder Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Übernehmers eine Geschäftsbesorgung zu finden sei, und geben die schon erwähnte Erläuterung: in der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei. Im übrigen lehnte die Kommission eine ausdrückliche Entscheidung der Frage im Gesetze selbst ab und beschloß, dies der Wissenschaft zu überlassen, da sich der Begriff der „Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung" im Rahmen einer Gesetzesbestimmung auch durch eine anderweite Fassung nicht erschöpfend verdeutlichen lassen würde.

Das Wort Geschäftsbesorgung blieb schließlich auch noch in § 749 aufrecht erhalten, der zwar nicht sachlich, aber redaktionell etwas umgeändert wurde. Die Entscheidung über die endgültige Fassung wurde dabei der Redaktionskommission überlassen.[2])

Daraus erhellt, daß mit den Änderungen der 2. Kommission an Klarheit nicht viel gewonnen ist. Statt der früheren Streitfrage, wie die Grenze zwischen entgeltlichem Auftrag einerseits und Dienst- und Werkvertrag andererseits zu ziehen sei, brachte der Entwurf die neue: welche Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. An praktischer Bedeutung hat diese Streitfrage allerdings nach Beseitigung der im 1. Entwurf strikt durchgeführten Widerruflichkeit des entgeltlichen Auftrags verloren; immerhin bleibt sie im Hinblick auf die anderen Rechtswirkungen noch wichtig genug.

III. Der Entwurf 2. Lesung ist schließlich — von verschiedenen hier nicht interessierenden materiellen und einigen formellen Änder-

[1]) Prot. II S. 376 f.

[2]) Prot. II S. 726. — Der Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag" wurde schließlich unmittelbar hinter den Auftragstitel gestellt.

ungen abgesehen — endgültiges Gesetz geworden. Der definitive Wortlaut der hier in Betracht kommenden §§ ist schon oben in § 1 wiedergegeben.

F. Ergebnis.

Betrachten wir diese Entwicklung im Zusammenhalt mit der endgültigen Gestaltung des B.G.B., so sehen wir sofort, daß das B.G.B. direkten Anschluß an keine der bestehenden Gesetzgebungen genommen hat. Doch ist man auf Grund der ganzen Entwicklung geneigt, jedenfalls bei der Geschäftsführung ohne Auftrag die Geschäftsbesorgung im weitesten Sinn zu fassen, und dasselbe möchte man auf den ersten Blick auch beim unentgeltlichen Auftrag annehmen.

Zweifelhaft bleibt dagegen die Auslegung in § 675. Daß mit der Bemerkung der Protokolle nicht viel anzufangen ist, geht schon daraus hervor, daß hienach die Geschäftsbesorgung „in der Regel" den Rechtsbereich des Geschäftsherrn berührt; es ist damit zugegeben, daß es auch noch andere Tätigkeiten gibt, die Geschäftsbesorgungen sind. Was soll fernerhin „Rechtsbereich" überhaupt heißen?

Auch die früheren Gesetzgebungen bieten uns in dieser Richtung keine positiven Anhaltspunkte.

Dies gilt vor allem für das römische Recht. Denn hier beruht die besondere Behandlung gewisser Arbeitsverträge auf Anschauungen, die uns heute völlig fremd sind.

Dies gilt fernerhin auch für das gemeine Recht. Denn einmal hat hier schließlich die Tendenz überwogen, Dienste höherer und niederer Art in Beziehung auf Lohn völlig gleichzusetzen, ja das honorierte Mandat, das auf römischem Boden entstanden war, zu Gunsten einer einheitlichen Regelung überhaupt fallen zu lassen. — Aber selbst wenn man die Berechtigung des honorierten Mandats für das gemeine Recht anerkennt, so ist es doch unzulässig, gerade dieses unter den § 675 zu subsumieren. Denn das eigentümliche Wesen des gemeinrechtlichen honorierten Mandats — mag man nun dieses erklären wie man will — bestand in Besonderheiten, die auf die Verträge des § 675 nicht zutreffen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Rechtswirkungen als hinsichtlich des Tatbestands. Denn bezüglich der Rechtswirkungen ist zu beachten, daß § 675 —

anders als das honorierte Mandat — neben den Auftragsregeln die Dienst- und Werkvertragsregeln mitumfaßt.[1]) Was aber den Tatbestand betrifft, so kann in § 675 jedenfalls nicht auf Dienste höherer Art — objektiv genommen — abgestellt werden. Denn nach dem B.G.B. kann auch der gewöhnliche Dienstvertrag Dienste höherer Art zum Gegenstand haben (vgl. die §§ 622 und 627), deren Charakteristikum nunmehr wohl in der besonderen sozialen Stellung der ausübenden Personen zu suchen ist; (wissenschaftliche Bildung ist nur bei einigen der in § 622 angeführten Beispielen vorausgesetzt; Abschätzbarkeit in Geld ist bei allen anzunehmen.[2]) Ebensowenig kann aber in § 675 abgestellt werden auf die Tendenz der Dienste oder auf die persönlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien; denn einerseits werden bei den objektiv höheren „Dienstleistungen" vielfach die egoistischen Motive hinter den altruistischen zurücktreten, und gerade sie werden vielfach auf Grund besonderen Vertrauens übertragen; andererseits aber bleibt der in § 675 geregelte Dienst- und Werkvertrag trotz seiner Hervorhebung immerhin ein Dienst- oder Werkvertrag, also ein gegenseitiger Vertrag, bei dem die Leistung um der Gegenleistung willen bewirkt wird. Schließlich kann man auch nicht auf die Art der Vergütung sehen; denn das B.G.B. kennt bei den Dienst- und Werkverträgen des § 675 ebenso wie bei den gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen nur eine Art der „Vergütung", die überall als Gegenleistung, als Bezahlung, Lohn, Entgelt, Einkommen gedacht ist. — Der Zusammenhang zwischen dem honorierten Mandat des gemeinen Rechts und den Verträgen des § 675 ist somit nur ein äußerlicher.

Schließlich bieten auch die neueren Kodifikationen keine Anhaltspunkte. Denn obwohl sie die entgeltliche Geschäftsbesorgung kennen, ist die Abgrenzung des Begriffs Geschäftsbesorgung selbst um deswillen weniger erörtert worden, weil man insbesondere infolge der Vermengung von Auftrag und Vollmacht das charakteristische Wesen des entgeltlichen Auftrags in anderen Merkmalen (Vertretung) gesucht hat, so im preußischen, französischen und österreichischen Recht; oder weil gesetzliche Vermutungen zu Gunsten be-

[1]) § 675 umfaßt also diejenigen Rechtswirkungen, die Danckwardt und Waechter allen Dienst- und Werkverträgen zuschrieben; s. oben S. 25.

[2]) Vgl. z. B. Planck a. a. O. zu § 622 Note 2.

stimmter Verträge vorhanden waren, so im sächsischen B.G.B. Soweit man aber auf den Begriff Geschäftsbesorgung abgestellt hat, findet — wie wir gesehen haben — auch dort die gleiche Unklarheit und Meinungsverschiedenheit statt, so im schweizerischen Recht. — Besonders mag noch hervorgehoben werden, daß es durchaus willkürlich wäre, die Vermögensverwaltung des preußischen Verwaltungsvertrags als Geschäftsbesorgung i. S. des § 675 zu bezeichnen;[1]) es ist dies u. a. schon deshalb unzulässig, weil dem Verwaltungsvertrag eine Bevollmächtigung wesentlich war, was für § 675 nicht zutrifft.[2])

Das Resultat des geschichtlichen Rückblicks ist somit bezüglich des § 675 ein negatives. Keiner der in den seitherigen Gesetzgebungen bestehenden besonderen Vertragstypen entspricht genau den Verträgen des § 675.

Hieraus folgt, daß sich Dernburg für seine Ansicht nicht, wie manche glauben, auf die geschichtliche Entwicklung beziehen kann. Die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung ergibt vielmehr die Unhaltbarkeit der Dernburg'schen Lehre.

§ 5.

2. Der Zusammenhalt der verschiedenen Stellen des B.G.B.

Sehen wir uns nun im B.G.B. selbst nach Anhaltspunkten um, indem wir zunächst die verschiedenen Stellen vergleichen, in denen das Wort Geschäftsbesorgung oder doch sprachlich oder sachlich ähnliche Ausdrücke verwandt sind. Läßt sich nicht schon aus diesem Zusammenhalt ein Schluß ziehen einmal darauf, ob das Wort Geschäftsbesorgung in den verschiedenen Stellen (662, 675, 677) in gleichem Sinn zu verstehen ist, und darauf, wie es zu verstehen ist?

I. Bezüglich der ersten Frage fällt vor allem in die Augen, daß der § 675 im Auftragstitel steht und auf §§ verweist, in denen von Geschäftsbesorgung im Sinn des Auftrags die Rede ist; vgl. die Worte „Geschäftsbesorgung" in § 667, „Besorgung des Geschäfts" in §§ 671 Abs. 2, 672, 673, „Besorgung gewisser

[1]) Vgl. die Bemerkung bei Schollmeyer, 1. Aufl. (oben S. 13 A. 9).
[2]) Vgl. auch Mot. II S. 529.

Geschäfte" in § 663, „ein Geschäft besorgen" in § 662. Auch ist hinsichtlich des § 677 beachtlich, daß der Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag" unmittelbar hinter dem Titel „Auftrag" steht und teilweise auf den letzteren verweist; vgl. die §§ 681 und 683 mit ihren Verweisungen auf §§ 666, 667, 668, 670. Andererseits aber ist in § 677 der Ausdruck „Geschäft besorgen" synonym verwendet mit einem andern Wort, nämlich „Geschäft führen".[1])

Fernerhin ist aus § 662, sowie aus den §§ 672 und 673 ersichtlich, daß es sich beim Auftrag um die Verpflichtung zur Besorgung eines von einem andern übertragenen Geschäfts für diesen handelt. § 23 der K.O. aber ergibt, daß das gleiche für die in § 675 hervorgehobenen Dienst- und Werkverträge gilt. Entsprechend ist in § 831 Abs. 2 des B.G.B. von dem „Übernehmen" einer Geschäftsbesorgung für einen andern die Rede.[2]) — Dieser Gesichtspunkt trifft dagegen nicht zu für § 677, da hier weder eine Verpflichtung noch eine Übertragung in Frage kommt.

Diese Umstände weisen darauf hin, die Geschäftsbesorgung in den §§ 662 und 675 im gleichen Sinn aufzufassen, während die Frage bezüglich des § 677 zunächst noch offen bleibt.

II. Für die zweite Frage kommen folgende Erwägungen in Betracht:

1. Aus § 675 im Vergleich mit den §§ 611 und 631 geht klar hervor, daß hier die Geschäftsbesorgung in engerem Sinn zu verstehen ist als Dienstleistung oder Arbeitsleistung überhaupt. Denn andernfalls hätte der Relativsatz „Dienst- und Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat," gar keinen Sinn. Nach der insoweit ganz zweifelsfreien Fassung des Gesetzes hat eben nicht jeder Dienstvertrag und nicht jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand.[3])

Dies lehrt zudem auch der § 27 der K.O., welcher von einem „Dienst- oder Werkvertrag der in § 23 Abs. 2 bezeichneten Art"

---

[1]) Vgl. übrigens die Entstehungsgeschichte des § 677 (oben S. 38).

[2]) Vgl. auch den ursprünglichen Wortlaut von § 675 (oben S. 38), wonach ebenfalls von dem Übernehmen der Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung die Rede war. Ferner die Ausführung in den Prot. II S. 377 (oben S. 38).

[3]) Nach Dernburg, Bürg. R., 2. Bd. 2. Abt. § 293 No. IV, ist „unbestreitbar", daß alle Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung enthalten.

spricht und diesen damit als einen besonders gearteten hervorhebt; endlich auch noch B.G.B. § 196 Z. 1, wo von „Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte" die Rede ist, ferner B.G.B. § 196 Z. 7 („Die Besorgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten") und H.G.B. § 354 (Geschäfte besorgt oder Dienste leistet"), da hier überall die Geschäftsbesorgung neben Arbeit und Dienstleistung besonders hervorgehoben ist. Auf dasselbe Ergebnis weist auch der Umstand hin, daß das B.G.B. an andern Stellen, in denen es offenbar keine Einschränkung machen will, teils von „Geschäftsführung" (abgesehen zunächst von den §§ 677 ff. und zahlreichen Verweisungen auf diese §§ sind bes. zu vgl. die §§ 27, 710 ff.), teils von „Besorgung fremder Angelegenheiten" (vgl. z. B. §§ 1688, 1796, 1909 ff.) redet, so daß die besondere Verwendung des Worts „Geschäftsbesorgung", wenn dieses ebenfalls im weitesten Sinn verstanden werden sollte, kaum erklärlich wäre.

Hienach ist die Hachenburg'sche Ansicht, daß zwischen Geschäftsbesorgung und Dienstleistung überhaupt kein Unterschied zu machen sei, de lege lata unbedingt zu verwerfen.[1])

2. Andererseits zeigt der Vergleich der §§ 662 und 675 mit einer Reihe anderer §§ des B.G.B., daß Geschäftsbesorgung nicht in dem engen Sinn von „Vornahme von Rechtsgeschäften" oder auch „Vornahme von Rechtshandlungen" zu verstehen ist. Daß nicht bloß Rechtsgeschäfte hieher zu rechnen sind, geht schon daraus hervor, daß das B.G.B. sonst sicherlich klipp und klar die Wendung „ein Rechtsgeschäft vornehmen" bezw. „Vornahme eines Rechtsgeschäfts" gebraucht hätte, die ihm ja an andern Stellen geläufig sind; vgl. z. B. die §§ 111, 115, 139, 141, 143, 180—184 B.G.B. Es kann nicht eingewandt werden,[2]) daß ja das B.G.B. auch die „Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften" schlechthin als „Geschäftsfähigkeit" bezeichnet hat; denn das letztere Wort war eben die kürzeste Bezeichnung für jene Fähigkeit, es fehlte ein anderes kurzes Wort. Dagegen hätte man für „Geschäftsbesorgung", „ein Geschäft besorgen", ebensogut die Worte „Vornahme eines

[1]) Zu verwerfen ist es ferner, wenn Dernburg a. a. O. unter der Rubrik „Geschäftsbesorgungen" auch den Dienst- und Werkvertrag schlechthin behandelt und damit Geschäftsbesorgung als Oberbegriff hinstellt.

[2]) Vgl. Staub a. a. O. zu § 362 Note 2.

Rechtsgeschäfts", „ein Rechtsgeschäft vornehmen" gebrauchen können, ohne dadurch die Sprache irgendwie schleppender zu machen. — Gegen jene enge Auslegung des Worts Geschäftsbesorgung spricht fernerhin der § 1357 des B.G.B.: „Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen — —." Dieser § zeigt deutlich, daß die zuerst genannte Geschäftsbesorgung ein weiterer Begriff ist und mehr umfaßt als die Vornahme von Rechtsgeschäften. — Daß aber nicht einmal notwendig Rechtshandlungen hieher gehören, lehrt § 831. Denn Abs. 2 dieses § spricht von „Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte." Diese Geschäfte aber sind nach dem zitierten Satz: Auswahl einer Person, Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften, Leitung der Ausführung einer Verrichtung — also Geschäfte, die nicht notwendig Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen zu sein brauchen.

Erwägt man endlich, daß auch insofern kein Grund für jene Beschränkung besteht, als im B.G.B. die Vollmacht vom Auftrag scharf gesondert ist, so wird man zu der Ueberzeugung kommen, daß die Ansicht Staubs und der ihm folgenden Schriftsteller abgelehnt werden muß.

3. Der Vergleich des § 675 mit den §§ 611 und 631 ergibt fernerhin in negativer Beziehung, daß jedenfalls der Wortlaut des § 675 keine Stütze für die Ansicht derjenigen bietet, die das eigentümliche Wesen der Geschäftsbesorgung in dem Gegenstand der Tätigkeit erblicken. Denn wenn § 611 Abs. 2 als „Gegenstand des Dienstvertrags" Dienste jeder Art bezeichnet und § 611 Abs. 1 den Dienstvertrag als einen Vertrag definiert, durch den sich der eine Teil zur Leistung von Diensten verpflichtet (vgl. entsprechend § 631 Abs. 2 mit § 631 Abs. 1), so bedeuten die Worte: „ein Vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat", nichts anderes als „ein Vertrag, durch den sich der eine Teil zu einer Geschäftsbesorgung verpflichtet". Von dem Gegenstand der Tätigkeit des Dienstverpflichteten bezw. Unternehmers ist dagegen in § 675 gar keine Rede.[1])

[1]) Die ursprüngliche Fassung des § 675 (oben S. 38) wäre weniger irreführend gewesen.

4. Auf ein positives Merkmal könnte sodann der Umstand hinweisen, daß § 662 „ein Geschäft", ebenso wie § 631 „das Werk" in der Einzahl erwähnt, während in § 611 von der Leistung „der versprochenen Dienste" in der Mehrzahl die Rede ist, so daß man unter Geschäftsbesorgung eine vereinzelte Tätigkeit verstehen könnte. Doch mag der verschiedenen Ausdrucksweise des Gesetzes in dieser Beziehung keine allzugroße Bedeutung beigemessen werden. Ob der Hinweis richtig ist, wird an anderer Stelle zu prüfen sein.

5. Endlich können wir aus dem Zusammenhalt der verschiedenen Vertragstypen im besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse noch gewisse Folgerungen ziehen.

Wenn nämlich das B.G.B. den Verwahrungsvertrag (§§ 688 ff.) als Vertrag eigener Art neben den Dienst- und Werkvertrag und neben den Auftrag gestellt und völlig selbständig geregelt hat, so folgt daraus, daß der entgeltliche Verwahrungsvertrag kein Dienstvertrag und kein Werkvertrag ist, und daß der unentgeltliche Verwahrungsvertrag kein Auftrag ist.[1]) Die Aufbewahrung kann also nicht Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags bezw. Auftrags sein; somit kann sie sich auch nicht als Geschäftsbesorgung darstellen.

Etwas anders verhält es sich mit dem Mäklervertrag, §§ 652 ff. Zwar ist auch er im B.G.B. als Vertrag eigener Art behandelt und somit weder als eigentlicher Dienst- noch als Werkvertrag anzusehen.[2]) Da aber nur die entgeltliche Übernahme des Nachweises zum Abschluß eines Vertrags oder der Vermittlung eines Vertrags sich als Mäklervertrag darstellt, so ist die unentgeltliche Übernahme an sich dem Auftrag zu unterstellen. Die Mäklerleistung ist also

---

[1]) Vgl. auch Mot. II S. 569. Planck a. a. O. S. 436. Anders Cosack a. a. O. § 151, I, 1, c: „Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ist eine Art des Auftrags, der entgeltliche eine Art des Dienstvertrages. Doch ist er mit Rücksicht auf die Eigenart des vom Verwahrer übernommenen Dienstes eigentümlich geregelt". Da aber der Verwahrungsvertrag, wie oben bemerkt, völlig selbständig geregelt ist, so bemerkt hiegegen Lotmar a. a. O. S. 288 A. 2 mit Recht: „Ein eigentümlich geregelter eigenartiger Vertragstatbestand bildet einen eigenen Vertragstypus".

[2]) Bestritten. Vgl. dazu Motive II. S. 510 f.; Lotmar S. 281 f.; Riezler a. a. O. S. 85; Oertmann a. a. O. S. 378; Planck a. a. O. S. 393, III. Die Streitfrage kommt hier mit Rücksicht auf das im Text folgende nicht weiter in Betracht.

nach der Systematik des Gesetzes nicht schlechthin vom Begriff der Geschäftsbesorgung ausgeschlossen.[1]) Soweit daher eine analoge Anwendung des Dienst- oder Werkvertragsrechts in Frage kommt, ist unter Umständen auch die analoge Anwendung des § 675 zulässig. —

Im ganzen betrachtet ist auch das Ergebnis dieses § im wesentlichen nur ein negatives.

§ 6.

3. Die sprachliche Bedeutung von Geschäftsbesorgung.

Betrachten wir nun, welche Anhaltspunkte uns die sprachliche Bedeutung der Worte „Geschäftsbesorgung", „ein Geschäft besorgen" an die Hand gibt. Daß wir hier auf einem ziemlich unsicheren Boden stehen, ist schon eingangs hervorgehoben. So ist es auch nicht zu verwundern, daß bisher in der Literatur aus dem Sprachgebrauch von Geschäftsbesorgung die allerverschiedensten Folgerungen gezogen worden sind.

Von der schon erwähnten Bemerkung in den Motiven II S. 527 (s. oben S. 35) abgesehen, will z. B. Crome gerade aus dem Sprachgebrauch des Worts „Geschäft" ableiten, daß es sich um eine Tätigkeit handeln müsse, die das Vermögen einer Person berührt, einen wirtschaftlichen Effekt für sie herbeiführt.[2]) (Daß unter Geschäftsbesorgung gerade die Vornahme der in § 1 des H.G.B. bezeichneten „Geschäfte" zu verstehen sei, darf natürlich nicht angenommen werden.)

Nach Oertmann deutet die Verwendung des Worts „Besorgung" eines Geschäfts auf eine selbständige Tätigkeit hin.[3])

Bernau folgert seine ganze Definition aus dem Sprachgebrauch.[4])

Ebenso will Riezler mit seiner Auslegung dem „natürlichen Sprachgebrauch" am besten Rechnung tragen.[5])

Endlich beruft sich Lotmar auf den Sprachgebrauch,[6]) wenn

[1]) Vgl. dagegen Lotmar S. 281 A. 1, aber auch S. 239 A. 1.
[2]) Crome § 252, I, 1, a. a. O. Vgl. auch Cosack 4. Aufl. S. 516.
[3]) Oertmann a. a. O. S. 409.
[4]) Bernau a. a. O. S. 231 und 233.
[5]) Riezler S. 75 a. a. O.
[6]) Lotmar S. 279; ebenso Suter a. a. O. S. 19.

er die Arbeit der Urproduktion, die bloß gewerbliche Arbeit im Sinn der Nationalökonomie und die Arbeit an und mit der Person des Arbeitgebers vom Begriff der Geschäftsbesorgung ausschließt. —

Ich glaube nun, daß alle diese Ableitungen, wenn sie auch sprachlich genommen bis zu einem gewissen Grad berechtigt sein mögen, doch keineswegs zwingender Natur sind. Daß der Sprachgebrauch kein feststehender ist, beweist gerade der Umstand, daß die verschiedenen Schriftsteller zu verschiedenen Resultaten gekommen sind. Aus dem Wort Geschäftsbesorgung allein läßt sich wohl nicht einmal das mit Sicherheit folgern, daß die Vornahme eines Rechtsgeschäfts sich stets als Geschäftsbesorgung darstelle; zwar ist ein Rechtsgeschäft ein Geschäft; damit ist aber nicht gesagt, daß jede Vornahme eines Rechtsgeschäfts Geschäfts„besorgung" sei.[1])

Einen weiteren sicheren Anhaltspunkt bekommen wir meines Erachtens auch dann nicht, wenn wir nicht das Wort Geschäftsbesorgung allein, sondern den in den §§ 662 und 675 vorkommenden Begriff „Verpflichtung zur Besorgung eines vom Geschäftsherrn übertragenen Geschäfts für diesen" ins Auge fassen (vergl. oben S. 42). Lotmar hat zwar aus den Worten „übertragen" und „für diesen" abgeleitet,[2]) daß es sich um ein Geschäft handeln müsse, das vor der Übertragung oder Übernahme dem Geschäftsherrn zustehe oder obliege, so daß dieser durch die Geschäftsbesorgung gewissermaßen ersetzt oder vertreten werde. Notwendig ist aber auch diese Folgerung nicht, denn man kann auch von Übertragung eines Geschäfts an einen andern reden, wenn es sich um ein dem Auftraggeber fremdes Geschäft, d. h. um ein Geschäft handelt, das dieser selbst niemals vornehmen würde. Fernerhin brauchen die Worte „für einen andern" nicht notwendig in der Bedeutung „statt eines andern" verstanden zu werden; man kann sie auch auslegen in dem Sinn von „zu Gunsten eines andern." Hätte das Gesetz die erste Auslegung gewünscht, so hätte es wohl deutlicher vom Geschäft „eines andern" statt „für einen andern" gesprochen; vergl. dazu Motive II S. 855. —

---

[1]) A. M. Lotmar S. 277.

[2]) Lotmar S. 279.

Aus alledem geht mit voller Deutlichkeit hervor, daß der Sprachgebrauch allein bei Auslegung des Begriffs nicht entscheidend sein kann. Wie könnte man auch aus einem Wort, über dessen Tragweite — wie die Materialien zum B.G.B. zeigen — sich die Verfasser des B.G.B. durchaus im unklaren waren, die hieher gehörigen Fälle ableiten? Es ist außerdem zu beachten, daß unter „Dienstleistung" nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. Tätigkeiten jeder Art zu verstehen sind, während man gemeinhin bei vielen Tätigkeiten nicht von Dienstleistung redet. Der Sprachgebrauch kann uns hienach höchstens Fingerzeige geben, deren Richtigkeit durch die Untersuchung der praktischen Bedürfnisse geprüft werden muß. Insofern sind die obigen Ableitungen von einer gewissen Bedeutung.

Auf der andern Seite aber ist der Sprachgebrauch immerhin im Auge zu behalten, so daß wir nicht eine Lösung versuchen dürfen, die mit dem Wortlaut des Gesetzes in direktem Widerspruch steht, da aus dem Gesetz immer nur das herausgelesen werden darf, was überhaupt noch einen Ausdruck in den Worten des Gesetzes gefunden hat.

§ 7.

4. Die Frage des praktischen Bedürfnisses.

Ihre Bedeutung und die Folgerung hinsichtlich der Einheitlichkeit des Begriffs, sowie das Ergebnis für die Auslegung in negativer Beziehung.

I. Da nach den seitherigen Ausführungen weder die geschichtliche Entwicklung noch der Zusammenhalt der verschiedenen Stellen des B.G.B. positive Anhaltspunkte bietet und auch die sprachliche Bedeutung von Geschäftsbesorgung nur unsichere Fingerzeige gibt, so ist bei der Lösung unserer Aufgabe das Hauptgewicht zu legen auf die Frage des praktischen Bedürfnisses, d. h. es ist im Hinblick auf die Rechtswirkungen der Geschäftsbesorgung ihr Tatbestand festzustellen. Für die Begründung der eigenen Ansicht wird diese Frage von ausschlaggebender Bedeutung sein. — Die Geschäftsbesorgungsverträge (§§ 662, 675) sind dabei der gesetzlichen Regelung entsprechend getrennt von der nichtvertragsmäßigen Geschäftsbesorgung (§ 677) zu behandeln. Wir wenden uns zunächst allein den ersteren zu und werden am Schluß auf die letztere zurückkommen.

II. Für die unentgeltlichen und entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge gibt § 675 die gemeinschaftlichen Bestimmungen. Es sind die folgenden:

1. Die Verpflichtung zu unverzüglicher Anzeige an den Auftraggeber, wenn derjenige, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich oder dem Auftraggeber gegenüber erboten hat, einen hierauf gerichteten Antrag ablehnt, B.G.B. § 663. Im Fall des Unterlassens der Anzeige tritt Schadensersatzpflicht ein. Vgl. schon die entsprechende Vorschrift der Rechtsanwaltsordnung § 30; anders dagegen H.G.B. § 362, wonach Schweigen als Annahme des Antrags gilt. — Dabei ist unter öffentlicher Bestellung nicht nur eine vom Staat oder von einem staatlichen Verband vollzogene Bestellung zu verstehen, sondern auch eine private, sofern nur die Publizität bei der Bestellung gewahrt ist (man denke an einen Vereinssyndikus).[1]) Öffentlich bestellt sind ferner z. B. Notare, Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher, Auktionatoren, Taxatoren. Das Erbieten ist öffentlich, wenn es an eine unbestimmte Zahl von Personen gerichtet ist, z. B. die Zeitungsannonce oder die Zirkulare, die an eine größere Anzahl von Interessenten versandt werden. Selbstverständlich ist, daß, wer sich nur zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung erboten hat, nur auf entgeltliche Aufträge zu antworten braucht.

2. Die Berechtigung, im Fall der Gefahr von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, § 665. — Es ist dabei zu beachten, daß durch § 665 keineswegs eine unbedingte Gehorsamspflicht gegenüber den Weisungen des Auftraggebers statuiert wird. Zwar bemerken die Motive II S. 535: „Zweifellos hat der Beauftragte sich nach den Anweisungen des Auftraggebers zu richten und dessen Interesse nach dem Inhalt des Auftrags und der Sachlage gebührend wahrzunehmen (§ 224 Abs. 1, § 359).“ Aber schon diese unbestimmte Ausdrucksweise und die Verweisung auf den § 359 des 1. Entw. (entsprechend dem heutigen § 242) deuten darauf hin, daß die Gehorsamspflicht keine unbedingte ist. In dieser Beziehung unterscheiden sich der Auftrag und der gewöhnliche Dienstvertrag überhaupt nicht.[2]) Höchstens als Regel, aber nicht als ausnahms-

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O. zu § 663 A. 2.

[2]) Vgl. dagegen Mot. II S. 458, andf. Prot. II S. 352.

lose, wird es in beiden Fällen zu gelten haben, daß der Verpflichtete den Weisungen des Berechtigten zu folgen hat, wogegen allerdings beim Werkvertrag als Regel das Gegenteil anzunehmen ist. Im übrigen besagt § 665 nur, daß der Beauftragte, sofern er den Anweisungen des Auftraggebers zu gehorchen hat, berechtigt ist, bei Gefahr im Verzug abzuweichen.[1])

3. Die Verpflichtung, Nachrichten zu geben, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen, § 666, die zur Geschäftsbesorgung erhaltenen und aus der Geschäftsbesorgung erlangten Gegenstände herauszugeben,[2]) § 667, und im eigenen Nutzen verwandte Gelder zu verzinsen, § 668.

4. Der Anspruch auf Vorschuß für die zur Ausführung des Geschäfts erforderlichen Aufwendungen und auf Ersatz der Aufwendungen, die der Beauftragte den Umständen nach für erforderlich halten darf, §§ 669, 670. — Bei Anwendung dieser Vorschriften auf die entgeltlichen Verträge ist zu beachten, daß hier mitunter — was beim Werkvertrag sogar die Regel sein wird — die Vergütung gezahlt wird für Tätigkeit und Auslagen zusammengenommen; dann hat der Dienstverpflichtete bezw. Unternehmer keinen besonderen Erstattungsanspruch bezüglich seiner Aufwendungen; in diesen Fällen ist dem Verpflichteten auch der Vorschußanspruch zu versagen,[3]) da nach § 614 S. 1 und § 641 Abs. 1 S. 1 des B.G.B. die Vergütung erst nach der Leistung der Dienste bezw. bei Abnahme des Werks zu zahlen ist.

5. Regelmäßige Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den Tod des Beauftragten, nicht dagegen durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers,[4]) §§ 673, 672, und gewisse Bestimmungen über das Verhalten beim Erlöschen des Vertrags. — Hiebei ist bemerkenswert, daß diese §§ zum Teil nur „im Zweifel" gelten, also insoweit nur Auslegungsregeln enthalten.

---

[1]) Vgl. hiezu auch Art. 395 des Schweiz. Obl.R., der sich deutlich in diesem Sinn ausspricht.

[2]) Bez. des Dienst- und Werkvertrags überhaupt vgl. Mot. II S. 459 und 472.

[3]) So Planck a. a. O. zu § 675 N. 3, Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im B.G.B. S. 23. — A. M. Lotmar S. 142.

[4]) Für Dienst- u. Werkvertrag überhaupt vgl. Mot. II S. 465 u. S. 504 ff.

6. Fortbestehen des Vertrags zu Gunsten des gutgläubigen Beauftragten, § 674; vgl. dazu §§ 168, 169.

7. Hypothetisch, nämlich für den Fall, daß der Verpflichtete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen berechtigt ist: das regelmäßige Verbot unzeitiger Kündigung, § 671 Abs. 2, widrigenfalls Schadensersatzpflicht eintritt. — Diese Vorschrift ist entsprechend nur auf den Dienstvertrag zu beziehen, denn der Werkvertrag kennt keine Kündigungsfristen in dem erwähnten Sinn.[1])

8. Auflösung des Vertrags beim Konkurs des Auftraggebers, sofern der Vertrag auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen Bezug hat, K.O. § 23. — Vgl. dagegen K.O. §§ 17 und 22. —

Für die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge gelten außer diesen Vorschriften auch die für Dienst- und Werkverträge überhaupt gegebenen Vorschriften, eben weil die Geschäftsbesorgung stets zugleich Dienstleistung bezw. Arbeitsleistung ist.

Für die unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge gelten dagegen aus dem Auftragsrecht noch der § 664, betr. die Übertragung der Ausführung und die Haftung bei Übertragung, und § 671 Abs. 1 u. 3, betr. Widerruf und Kündigung. Von § 664 kommt hier besonders in Betracht Abs. 1 Satz 2 (Haftung). Hinsichtlich § 664 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ist für den Dienstvertrag in § 613 eine entsprechende Vorschrift gegeben, während man für den Werkvertrag, um der Auslegung im Einzelfall keine Schranken zu setzen, eine entsprechende Bestimmung nicht geben wollte; vgl. Mot. II S. 473. Der Grund, weshalb § 664 Abs. 1 S. 2 und § 671 Abs. 1 u. 3 nur auf die unentgeltlichen und nicht auf die entgeltlichen Verträge angewandt werden sollen, liegt auf der Hand: diese Bestimmungen beruhen auf der Unentgeltlichkeit des Auftrags.[2]) Wer unentgeltlich Dienste leistet, soll im Fall einer Substitution nicht so streng haften wie der, der für seine Dienste Lohn empfängt; er hat daher, falls ihm die Substitution gestattet ist, nur ein ihm

---

[1]) Mit Unrecht meint Hachenburg, daß die Verweisung des § 675 auf § 671 Abs. 2 angesichts des § 627 Abs. 2 unnötig sei. Denn § 627 Abs. 2 gilt nicht für alle Fälle des Dienstvertrags, sondern nur für die in § 627 Abs. 1 genannten.

[2]) Im 1. Entwurf des B.G.B. ist dies allerdings nicht zum Ausdruck gekommen.

bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Er soll sich fernerhin leichter wieder vom Vertrag frei machen können und darf deshalb stets, nur nicht zur Unzeit, kündigen; andererseits wird auch dem Auftraggeber, da ja der Beauftragte mangels Entgelt an der Ausführung der Arbeit nicht dasselbe Interesse hat wie bei der entgeltlichen Dienstleistung, zu jeder Zeit ein Widerrufsrecht zugebilligt. Diese Regel schließt natürlich nicht aus, daß im Einzelfall trotz der Unentgeltlichkeit auf den Widerruf wie auf das Kündigungsrecht verzichtet werden kann; vgl. § 671 Abs. 3; nur muß dies besonders verabredet werden.

Da hienach die den unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen besonderen Rechtswirkungen lediglich mit dem Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit und nicht mit dem der Geschäftsbesorgung zusammenhängen, so folgt hieraus mit zwingender Notwendigkeit, daß der Tatbestand der Geschäftsbesorgung selbst bei den unentgeltlichen und entgeltlichen Verträgen derselbe ist. Denn nur aus der Gleichheit des Tatbestands erklärt sich die Gleichheit der Rechtswirkungen. Trotz Gleichheit der Rechtswirkungen einen verschiedenen Tatbestand anzunehmen, wäre widersinnig. Hiedurch bestätigt sich das schon oben in § 5 vermutete Ergebnis, daß der Begriff Geschäftsbesorgung in den §§ 662 und 675 der gleiche ist. — Es kann dieser Auffassung insbesondere nicht entgegengehalten werden (wie Siméon a. a. O. S. 444 meint), daß man so zu dem vom Gesetzgeber gewiß nicht gewollten Schlusse komme, daß jeder Dienst- und Werkvertrag dem Rechte des Auftrags unterfiele. Die Konsequenz unserer Auffassung ist vielmehr die, daß nicht jeder unentgeltliche Vertrag über Dienstleistungen ein Auftrag im Sinn des B.G.B. ist: der Vertrag über unentgeltliche Dienstleistung i. e. S. ist im B.G.B. nicht ausdrücklich geregelt.[1]) Ein derartiger Vertrag kann Schenkung sein[2]) oder doch wenigstens ein schenkungsähnliches Geschäft[3]); oft wird es aber auch an den Erfordernissen der Schenkung (insbesondere Vermögensminderung einerseits, Vermögensmehrung an-

[1]) Dies wird von manchen Schriftstellern, die als Gegenstand des Auftrags nicht Dienste jeder Art gelten lassen, (z. B. Cosack), nicht genügend beachtet. — Der Auftrag des B.G.B. ist enger als das gemeinrechtliche Mandat.

[2]) Vgl. Mot. S. 459 (vgl. oben S. 36).

[3]) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 16 f.

dererseits) fehlen. Dann können vom Auftragstitel höchstens die §§ 664 und 671 analog angewandt werden, die (wie wir soeben gesehen haben) mit der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung zusammenhängen; im übrigen ist der Vertrag nach dem allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse zu behandeln und auf die Analogie des Dienst- und Werkvertrags zu verweisen, und zwar auf die Bestimmungen, die mit der Entgeltlichkeit des Dienst- oder Werkvertrags nichts zu tun haben; deren sind es allerdings wenige.[1]) In allen Fällen aber, in denen eine Dienstleistung unentgeltlich versprochen wird, ist besonders zu prüfen, ob es sich überhaupt um einen rechtsverbindlichen Vertrag handelt oder nicht. Bei vielen Vereinbarungen, bei denen im Fall der Entgeltlichkeit die Annahme eines Dienst- oder Werkvertrags unbedenklich wäre, wird im Fall der Unentgeltlichkeit die rechtsverpflichtende Absicht fehlen.

III. Unsere Hauptfrage lautet nun:

Bei welchen Arbeitsverträgen ist die Anwendung der in § 675 hervorgehobenen Rechtsnormen ihrer Natur nach geboten? Bei welchen passen sie nicht?

Es ist dabei an sich das Resultat denkbar, daß bezüglich einzelner Rechtssätze eine verschiedene Abgrenzung wünschenswert wäre. Dem kann aber bei der einheitlichen Verwendung des Worts in allen hier in Betracht kommenden §§, insbesondere angesichts der einheitlichen Fassung des § 675, nicht nachgegeben werden. Sollten wir daher zu einem solchen Resultat kommen, so ist eine Entscheidung a potiori erforderlich und derjenigen Begriffsbestimmung der Vorzug zu geben, die mit den meisten und wichtigsten der Auftragsregeln im Einklang steht.

Ehe wir nun aber auf Grund dieser Untersuchung unsere eigene Ansicht positiv aufstellen, wollen wir das negative Resultat dieser Untersuchung ins Auge fassen; d. h. es soll zunächst die Frage beantwortet werden, ob nicht gewisse der bisher vertretenen Ansichten mit den praktischen Bedürfnissen unvereinbar sind.

1. Eine solche Unvereinbarkeit scheint mir vorzuliegen bei der Ansicht derjenigen, die die Geschäftsbesorgung im Hinblick auf den Gegenstand der Tätigkeit des Arbeitleistenden bzw. auf das Interesse,

[1]) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 33 f.

das der Dienstempfänger an der Arbeitsleistung hat,[1]) abgrenzen,[2]) vgl. oben § 2, 2.

a) Indem z. B. Cosack zum Begriff der Geschäftsbesorgung eine Tätigkeit verlangt, die rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührt, bezw. die zur Verwaltung des Vermögens des Dienstempfängers gehört,[3]) indem Oertmann Dienste verlangt, die unmittelbar als solche für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sind, schließen sie damit ausdrücklich die Tätigkeit des Arztes vom Begriff der Geschäftsbesorgung aus. Gerade diese Folgerung aber steht mit den praktischen Bedürfnissen in Widerspruch; denn gerade bei der ärztlichen Tätigkeit können die Auftragsregeln sehr häufig zutreffen. Wegen der Wichtigkeit des Falles für die Praxis mag er an Beispielen erläutert werden.

§ 663: A schickt in einem dringlichen Fall zum Arzt B; er bekommt vom Dienstmädchen die Antwort, B sei gerade beim Abendschoppen, er werde sofort geholt werden; B will nun aber aus irgend einem Grund den A nicht behandeln. Nun hat er doch sicherlich die Pflicht, diese Ablehnung alsbald anzuzeigen; bleibt er ohne jegliche Antwort aus, so muß er den durch sein Verhalten entstehenden Schaden ersetzen. Oder: C schreibt dem Spezialisten D, er werde an einem der nächsten Tage zu ihm reisen, um sich operieren zu lassen; D weiß, daß er an diesem Tag keine Zeit hat. Dies muß er dem C unverzüglich mitteilen, widrigenfalls er sich schadensersatzpflichtig macht.

---

[1]) Wie diese beiden scheinbar verschiedenen Gesichtspunkte in den seitherigen Definitionen in einander übergreifen und zu einander in Wechselwirkung stehen, kommt klar z. B. in der Crome'schen Definition zum Ausdruck.

[2]) Dies hat schon Hachenburg a. a. O. S. 11—33 überzeugend nachgewiesen. Jedoch hat er daraus die unzulässige Konsequenz gezogen, daß zwischen Geschäftsbesorgung und Dienstleistung überhaupt kein Unterschied bestehe. Die richtige Konsequenz ist nur, daß der Unterschied anderswo zu suchen ist. — In formeller Hinsicht ist gegen Hachenburg einzuwenden, daß er selbst auf S. 21 unten, S. 23 unten, 24 unten, 29 mitte, 30 oben, 33 mitte von nichtgeschäftsbesorgender Tätigkeit u. ä. spricht. Daß er aber damit nicht gewisse Tätigkeiten vom Begriff der Geschäftsbesorgung ausschließen will, ist bei Berücksichtigung des dortigen Zusammenhangs klar ersichtlich.

[3]) Vgl. auch die von Hafner für das Schweizer Recht aufgestellte Ansicht; oben S. 32.

§ 665: Die Befugnis von den Anweisungen abzuweichen, die der Auftraggeber überhaupt zu geben berechtigt ist, — man denke z. B. an die Weisungen, die der Chefarzt seinem Assistenzarzt gibt, – muß gerade dem Arzt in hervorragendem Maß zugebilligt werden.

§ 666 wird z. B. praktisch, wenn E sein krankes Kind in die Klinik des Dr. F verbringt.

§ 667: Der Arzt, dem ich irgendwelche Hilfsmittel übergebe, muß mir dieselben nach der Behandlung wieder herausgeben und darf sie nicht zur Behandlung eines andern Patienten benützen. — Zieht er mir einen Zahn, so muß er mir diesen auf Verlangen überlassen.

§ 669: Wenn ein Spezialarzt in eine weit entfernte Stadt gerufen wird, um eine Operation vorzunehmen, so kann er eventuell (vgl. oben S. 50) Vorschuß für Reisegeld verlangen.

§ 670: Ist der Fall dringlich und der Patient vermöglich, so kann er eventuell die ihm durch Benützung eines Expreßzugs entstehenden besonderen Kosten ersetzt verlangen.

§§ 672, 673: Stirbt der Vater des in der Klinik des G untergebrachten Kindes, so bleiben Rechte und Pflichten des Arztes trotzdem bestehen. Stirbt der Arzt, so haben seine Erben nach § 673 Satz 2 zu verfahren.

§ 674: Der Arzt, der seinen in der Nachbarschaft wohnenden Patienten tot antrifft, berechnet den Besuch trotzdem.

K.O. § 23: Der Vertrag mit dem Arzt, das kranke Kind zu behandeln, erlischt, wenn der Vater in Konkurs kommt. Denn vom Rechtsstandpunkt aus kann man nicht verlangen, daß der Arzt gegen eine unsichere Honorarforderung seine Dienste weiterhin zur Verfügung stellt; der Kridar mag sich an den Armenarzt wenden. Nur sind dabei die §§ 672 Satz 2, wonach der Arzt bei Gefahr im Verzug trotz des Erlöschens seine Tätigkeit fortzusetzen hat, und 674 des B.G.B., wonach die Behandlung des Gemeinschuldners oder seines Kindes bis zur Kenntnis vom Konkurs eine bevorrechtigte Konkursforderung erzeugt, zu beachten; vgl. § 27 K.O.

Die Beispiele, in denen Auftragsregeln zutreffen, obgleich es sich um nicht wirtschaftliche Dienste handelt, könnten noch erheblich vermehrt werden; man denke an einen Lehrer, der sich zur Erteilung

von Privatstunden erbietet und verpflichtet; vgl. Hachenburg a. a. O. Aber schon das eine vorgeführte Beispiel zeigt, daß die Formulierung von Cosack und Oertmann und der ihnen folgenden Schriftsteller in dieser Beziehung zu eng ist.[1]) Es braucht daher auch gar nicht auf den weiteren Übelstand eingegangen zu werden, den diese Formulierungen mit sich bringen, und der darin besteht, daß die Abgrenzung der wirtschaftlichen von den nichtwirtschaftlichen Diensten, sowie die Abgrenzung der Tätigkeiten, die rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berühren, von den andern überaus schwierig ist. So hat z. B. Cosack in den ersten Auflagen seines Werkes[2]) die Tätigkeit des Gesindes schlechthin als Geschäftsbesorgung bezeichnet, obwohl bei vielen rein tatsächlichen Dienstleistungen dieser Personen nicht einzusehen ist, inwiefern durch sie das Vermögen des Dienstempfängers rechtlich berührt werde; man denke an das Kindermädchen, das ein Kind hütet, oder an den Kutscher, der seine Herrschaft spazieren führt. Neuerdings[3]) gibt denn auch Cosack zu, daß der Vertrag eines Dienstmädchens teils geschäftlich, teils nicht geschäftlich ist.

b) Von dem hier behandelten Gesichtspunkt aus würden dagegen der Definition von Michaelis, wonach unter Geschäftsbesorgung jede Tätigkeit zu verstehen ist, die zu Gunsten irgend welcher Individualgüter eines andern, nicht nur des Vermögens, sondern auch des Lebens, der Gesundheit, der Ehre, der Familienrechte u. s. w. entfaltet wird, gerade mit Rücksicht auf diese weite Fassung weniger Bedenken im Wege stehen. Als Arbeitsverträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, kommen danach nur die wenigen in Betracht,[4]) deren Erfüllung unterbleiben darf, ohne den Berechtigten oder einen Dritten an einem der eben angeführten Güter zu schädigen; dies sind nach Michaelis diejenigen Verträge, „die, sei es zu Gunsten

[1]) Auch das von Bernau a. a. O. S. 231 angeführte Beispiel beweist in Wahrheit seine Ansicht, daß es sich bei der Geschäftsbesorgung um wirtschaftliche Dienste handeln müsse, nicht. Er meint, wenn sich jemand in einem Bankgeschäft von einem Angestellten den Mantel halten läßt, so sagt man: der Angestellte leistet ihm einen Dienst, er besorgt kein Geschäft. — In diesem Fall liegt allerdings keine Geschäftsbesorgung vor. Der Grund hiefür aber ist, daß es sich hiebei um eine bloße Gefälligkeit und nicht um einen Vertrag handelt.

[2]) Vgl. Cosack, 1. Aufl. S. 501.

[3]) Cosack, 4. Aufl. S. 516.

[4]) Vgl. Michaelis a. a. O. S. 36.

rein wissenschaftlicher, künstlerischer oder politischer Interessen oder aus Gründen der Religion und Moral, sei es um nicht ernsthafter Zwecke willen, aus Lust am Genießen, aus Freude am Sport u. s. w., abgeschlossen werden." Michaelis hat an Beispielen, die übrigens im einzelnen keineswegs unanfechtbar sind, nachzuweisen versucht, daß auf Verträge der letztgenannten Art die Vorschriften des § 675 zum Teil nicht zutreffen, oder daß doch wenigstens die Unanwendbarkeit jener Vorschriften in der Praxis zu keinerlei Härten führe. Schließlich hat er aber selbst zugegeben,[1]) daß „diese Verträge von so geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind, daß man ihre Eigenart ohne Gefahr ignorieren und daher die Unterscheidung von der großen Masse der andern Arbeitsverträge ganz unterlassen könnte." Ich glaube nun, daß gerade diese Erkenntnis uns in der Tat dazu führen muß, das von Michaelis aufgestellte Unterscheidungsmerkmal überhaupt fallen zu lassen. Damit ist dann aber nicht, wie Michaelis anzunehmen scheint, jede Unterscheidung schlechthin aufzugeben; vielmehr ist nur der Einteilungsgrund anderswo zu suchen.

c) Unbegründet erscheint fernerhin auch die Abgrenzung von Lotmar, wonach die Arbeit der Urproduktion, die bloß gewerbliche Arbeit im Sinn der Nationalökonomie, die Arbeit an und mit der Person des Arbeitgebers vom Begriff der Geschäftsbesorgung ausgeschlossen sein soll. Denn die für die Geschäftsbesorgung geltenden Normen können auch beim Feldarbeiter und Bergmann praktisch werden, ebenso beim Schuhmacher und Schneider, und zwar bei den letzteren gerade dann, wenn ihnen der Stoff zu der Arbeit geliefert wird,[2]) endlich auch — wie schon bewiesen — beim Arzt oder Lehrer. Es würde zu weit führen, dies bezüglich jeder einzelnen Tätigkeit und bezüglich jedes einzelnen § nachzuweisen. Als Beispiele mögen nur folgende Fälle ins Auge gefaßt werden: der Schuster, dem ich Stiefel zur Reparatur, der Schneider, dem ich Stoff zur Fertigung eines Anzugs schicke, müssen mir Antwort geben, falls sie meinen Antrag nicht annehmen. Sie haben die Nachrichts- und Auskunftspflicht, dürfen von meinen Weisungen unter Umständen abweichen; der Schneider muß den Stoff, den er nicht braucht, herausgeben u. s. f. Ebenso muß der Feldarbeiter über den Stand seiner Arbeit Aus-

[1]) Vgl. Michaelis a. a. O. S. 42.

[2]) Vgl. oben S. 13 A. 4.

kunft geben, muß dem Herrn die gelieferten Gerätschaften zurückgeben, kann für Aufwendungen, die er für erforderlich hält, z. B. für Reparatur von Gerätschaften, Ersatz verlangen u. s. f.

d) Nach dem seitherigen dürfte zugleich die Ansicht der Protokolle als widerlegt gelten, der sich Plank und Endemann zum Teil angeschlossen haben, wonach es sich bei der Geschäftsbesorgung um eine Tätigkeit handeln müsse, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei.

Man wird hienach wohl sagen können, daß wenn man lediglich auf den Gegenstand der Arbeit sieht, keine Gruppe von Tätigkeiten zu finden ist, auf die nicht die meisten der in § 675 citierten Rechtsnormen zutreffen würden.[1]) Höchstens im Hinblick auf § 663 Satz 1 könnte dem Gegenstand der Tätigkeit eine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, insofern im Verkehr für bestimmte Gegenstände bestimmte Arten des Vertragsschlusses gebräuchlich sind und man hienach eine Verschiedenheit bezüglich der Antwortpflicht für angezeigt halten könnte. Bezüglich aller anderer §§ begründet dagegen der Gegenstand der Tätigkeit keinen Unterschied. Die Abgrenzung nach dem Gegenstand der Tätigkeit ist daher zu verwerfen.

2. Auch die Auffassung von Riezler, welcher unter Erweiterung der von Cosack angeführten Tätigkeiten als Geschäftsbesorgung auch die Tätigkeiten bezeichnet, die in Ausübung eines auf Vornahme von Handlungen solcher Art gerichteten Berufes vorgenommen werden, wird den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht. Allerdings das muß Riezler zugegeben werden, daß beim Abschluß von Verträgen außer dem Gegenstand der Tätigkeit der Beruf eine große Rolle spielt, und daß bei der Bestimmung des § 663 Satz 1 hauptsächlich an berufsmäßige Tätigkeiten gedacht ist; vergl. hiezu auch § 362 des H.G.B., der für gewisse Kaufleute gilt. Dagegen unterliegt schon die Anwendung des § 663 Satz 2 auf die nichtberufsmäßige Arbeit durchaus keinem Bedenken, ist sogar in vielen Fällen unbedingt geboten. Und auch alle übrigen in § 675 zitierten Auftragsnormen können für nichtberufsmäßige Arbeit ebenso

[1]) Indirekt wird dieses Resultat auch von Gegnern, wie z. B. Crome a. a. O. § 253, anerkannt, indem er zugiebt, daß die in § 675 erwähnten Normen auf nicht wirtschaftliche Tätigkeiten häufig analog anzuwenden sind. Wozu aber dieser Umweg?

praktisch werden, wie für berufsmäßige. Dies hat Riezler selbst zugegeben für diejenige nichtberufsmäßige Arbeit, die in der Vornahme von Rechtsgeschäften besteht, oder an der der Auftraggeber ein unmittelbares Vermögensinteresse hat. Ich glaube aber, daß selbst die hierin liegende Beschränkung nicht notwendig ist. Wenn sich jemand einmal einem andern gegenüber zu einer Tätigkeit verpflichtet hat, so liegen ihm die durch § 675 statuierten rechtlichen Pflichten ebenso ob, wie demjenigen, der die Tätigkeit als Beruf ausübt; traut er sich deren Erfüllung nicht zu, so darf er sich eben überhaupt nicht rechtlich verpflichten. Das von Riezler für seine Ansicht angeführte Beispiel erscheint mir keineswegs einleuchtend. Er meint: „Soll etwa der Dilettant, der unter Vorbehalt des Kündigungsrechts ohne Einhaltung einer Frist bei einem Streichquartett mitzuwirken versprochen hat, sich aber im letzten Momente nicht zu spielen getraut und absagt, verpflichtet sein, dem Impresario, der ihn aufgefordert hat, nach § 671 Abs. 2 den Schaden zu ersetzen, den dieser durch den Ausfall des Konzerts erleidet?" Warum nicht? Ich glaube, daß die Bejahung dieser Frage keineswegs gegen die Billigkeit verstößt; jedenfalls würde sich die Verneinung dem Impresario gegenüber als Unbilligkeit darstellen.

Ganz besonders aber spricht gegen die Riezlersche Abgrenzung der Umstand, daß die Auftragsnormen vielfach auf die berufsmäßige Tätigkeit nicht passen. Dies wird aus den folgenden §§ hervorgehen.

Schließlich ist gegen Riezler noch dasselbe zu bemerken, was auch gegen Michaelis gesagt ist, daß nämlich schon infolge der Seltenheit und der verschwindenden Bedeutung der Fälle, in denen nach seiner Auffassung keine Geschäftsbesorgung vorliegt, das unterscheidende Merkmal im Sinn des Gesetzes richtiger anderswo zu suchen sein wird.

3. Aus den im bisherigen angeführten Beispielen geht gleichzeitig hervor, daß die Beschränkung der Geschäftsbesorgung auf Rechtsgeschäfte oder auf liberale Dienstleistungen den praktischen Bedürfnissen ebenfalls nicht genügt, wodurch unser schon an anderer Stelle gefundenes Resultat bestätigt wird.

4. Zu praktisch unbefriedigenden Ergebnissen scheint mir schließlich die Ansicht derjenigen zu führen, die die Geschäftsbesorgung als eine Tätigkeit an Stelle des Berechtigten auffassen, mag man nun diesen Gedanken formulieren, wie man will.

a) Unter den hier in Betracht kommenden Auffassungen ist vor allem anfechtbar diejenige Hellmanns. Denn „die Bestimmung, dem Dienstberechtigten eigene Arbeit abzunehmen", haben — wenigstens objektiv genommen — alle Arbeitsverträge. Gerade so erklärt sich ja die Entstehung des Arbeitsvertrags überhaupt; er ist entstanden zu einer Zeit, als der einzelne sich nicht mehr fähig fühlte, die eigenen Bedürfnisse allein zu befriedigen, und zu dem Zweck, denjenigen zur Befriedigung der eigenen Bedürfnisse erforderlichen Teil der Arbeit, den der einzelne selbst nicht mehr vornehmen konnte oder wollte, durch einen andern vornehmen zu lassen. — Daß aber die subjektive Zweckbestimmung nicht ausschlaggebend sein kann, ist wohl ohne weiteres ersichtlich. Denn im Hinblick auf die rechtlichen Wirkungen muß es völlig gleichgiltig sein, ob sich jemand zu einer Tätigkeit verpflichtet, um einem andern Arbeit zu ersparen, oder ob er die Tätigkeit vornimmt, um sich selbst die Zeit auszufüllen oder sich einen besonderen Ruf auf diesem Arbeitsgebiet zu erwerben. — Wollte man endlich das Hauptgewicht bei der Hellmannschen Definition darauf legen, daß die Geschäftsbesorgung „lediglich" den Zweck habe, dem Dienstberechtigten eigene Arbeit abzunehmen, so würden dadurch diejenigen Fälle von der Geschäftsbesorgung ausgeschlossen werden, in denen der Arbeiter ein ihm und dem Geschäftsherrn gemeinschaftliches Geschäft besorgt, Fälle, bei denen die meisten der Auftragsregeln — man denke z. B. an die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht — ganz besonders angezeigt sind.

b) Zu einer zu weiten Begriffsbestimmung führt fernerhin die Formulierung von Planck, wenigstens sofern man unter „tatsächlicher Behinderung" nicht nur z. B. Krankheit, Abwesenheit, Mangel an verfügbarer Zeit oder Mangel an körperlichen oder geistigen Kenntnissen, sondern auch Unlust zur Arbeit u. dgl. versteht. Wollte man aber nur die erstgenannten Umstände als tatsächliche Behinderung ansehen, so wäre damit ein den praktischen Bedürfnissen nicht entsprechender Gegensatz geschaffen. Das Rechtsverhältnis ist doch sicherlich genau dasselbe, mag ich nun einen andern mit einer Arbeit beauftragen, weil ich keine Zeit oder weil ich keine Lust dazu habe. Auf die Behinderung kann es also nicht ankommen.

c) Auch die Definitionen von Lotmar, Bernau und Goldmann-Lilienthal können in dieser Richtung nicht befriedigen. Die-

selben kommen hier in Betracht, insofern Lotmar unter Geschäftsbesorgung eine Tätigkeit versteht, „die vor der Übertragung oder Übernahme dem Geschäftsherrn zusteht oder obliegt, so daß dieser durch die Besorgung gewissermaßen ersetzt oder vertreten wird;“ [1]) und Bernau: „Handlungen, die der Geschäftsherr regelmäßig selbst vornimmt, oder die wenigstens grundsätzlich in den Bereich seiner Betätigung fallen;“ endlich Goldmann und Lilienthal: „ein Geschäft, um das ich mich normalerweise selbst zu kümmern habe.“ Nicht Geschäftsbesorgungen sind danach also Tätigkeiten, die der Geschäftsherr normalerweise nicht selbst vornimmt. Vgl. hiezu auch die Bemerkung von Hachenburg (a. a. O. S. 15 f.), der den — wie er selbst zugibt, möglichen — Gegensatz dahin wiedergibt: „Im ersteren Fall (Tätigkeit an Stelle des Berechtigten) wird eine Leistung vorgenommen, welche der Empfänger der Leistung selbst hätte vornehmen sollen; im letzteren Fall (Tätigkeit an den Berechtigten) liegt eine Handlung vor, welche von dem Empfänger der Dienste nicht zu erwarten war.“

Hiegegen ist aber vor allem einzuwenden, daß diese Unterscheidung vielfach nicht nur schwierig, sondern geradezu unmöglich ist. Unmöglich ist sie bei vielen, vielleicht sogar den meisten Arbeiten des täglichen Lebens, die nicht gerade den Beruf einer Person ausmachen. Es ist z. B. sicher ganz normal, wenn ein reicher, über freie Zeit verfügender Gelehrter den Kurs seiner Wertpapiere selbst überwacht; aber es ist ebenso normal, wenn er seinen Bankier mit der Überwachung beauftragt.[2]) Es ist gleichermaßen normal, wenn ein Geschäftsreisender seinen Handkoffer selbst zur Bahn bringt, wie wenn er ihn durch einen Gepäckträger zur Bahn bringen läßt. Ebenso, wenn ein reicher Gutsbesitzer sein Gut selbst verwaltet, oder wenn er einen Gutsinspektor anstellt; wenn der Besitzer eines großen Hotels das Hotel selbst leitet, oder wenn er sich hiezu einen Hoteldirektor verpflichtet.[3]) — Zweifellos unrichtig ist die Behauptung

---

[1]) Über das Verhältnis dieses Teils der Lotmar'schen Definition zu dem S. 57 besprochenen s. oben S. 13.

[2]) Die Überwachung des Kurses der Wertpapiere führt Bernau S. 232 gerade als Beispiel der Geschäftsbesorgung an.

[3]) Der Gutsinspektor und Hoteldirektor sind von Lotmar S. 279 Anm. 3 unter anderen als Geschäftsbesorger bezeichnet.

von Goldmann und Lilienthal: „Meine Stiefel putzen, meine Wäsche reinigen, meine Anzüge ausbessern, ist nicht mein Geschäft." Dies trifft wohl auf einen Rechtsanwalt zu, nicht dagegen z. B. auf eine Bauers- oder Taglöhnersfrau.

Aber selbst soweit die Unterscheidung durchführbar ist, führt sie zu unbefriedigenden Ergebnissen. Denn das Verhältnis ist genau dasselbe, wenn z. B. ein Schneider einem befreundeten Schneider einen bei diesem bestellten Rock herstellt, oder wenn er einem andern Freunde, der nicht Schneider ist, aus Freundschaft einen Anzug macht; ferner wenn ein Anwalt einen Klienten in einem Prozeß vertritt, oder für ihn ein Gutachten anfertigt, in welchem er ihm vom Prozeß abrät.[1]) Auch muß es rechtlich gleichgiltig sein, ob ein Arzt das Kind eines auf Reisen befindlichen Kollegen oder das Kind eines Kaufmanns behandelt. Nach der hier bekämpften Meinung würde sich überhaupt die Tätigkeit des Arztes dem Patienten, der Nichtarzt ist, gegenüber nie als Geschäftsbesorgung darstellen, eine Folgerung, die — wie schon im Vorhergehenden gezeigt — nicht zu billigen ist.[2])

---

[1]) Die beiden Beispiele stammen von Hachenburg a. a. O.

[2]) Die im obigen abgelehnte Ansicht kann sich auch keineswegs, wie Michaelis S. 19 annimmt, auf die Entstehungsgeschichte des § 675 berufen. Michaelis meint: „Führt der Arbeitsverpflichtete die Arbeit an Stelle des Berechtigten aus, so ist ein gewisses Vertrauensverhältnis unter den Parteien notwendige Voraussetzung", und fügt bei, es sei also ähnlich wie beim gemeinrechtlichen Mandat, das den Verfassern vorbildlich gewesen sein dürfte. — In Wahrheit liegt ein Vertrauensverhältnis bei einer Handlung an Stelle eines andern nicht immer vor; man denke z. B. an den Fall, daß ich infolge einer dringenden Reise einen nächsten besten mit meiner Vertretung (i. w. S.) beauftragen muß. Umgekehrt ist in vielen Fällen, in denen nicht eine Handlung an Stelle des Berechtigten in Frage steht, ein Vertrauensverhältnis unter den Parteien vorhanden, z. B. im Verhältnis des Patienten zum Arzt. Vgl. übrigens auch das oben § 4, F, Gesagte.

Auch die Bemerkung von Bernau S. 233, daß sich die Definition in den Protokollen anscheinend auf den oben erörterten Unterschied beziehe, erscheint mir unhaltbar. Der „Rechtsbereich" einer Person und der „Bereich der Betätigung" einer Person ist doch nicht identisch.

III. Die eigene Ansicht.

§ 8.

Die selbständige und unselbständige Dienstleistung.

Meines Erachtens kann von Geschäftsbesorgung vor allem dann nicht gesprochen werden, wenn der Dienstleistende eine dem Geschäftsherrn gegenüber völlig unselbständige Tätigkeit zu verrichten hat. Auf diesen Gedanken hat schon auf Grund des Sprachgebrauches Oertmann, und ihm folgend Crome, Endemann und Bernau, hingewiesen.[1]) Ersterer hat in dieser Richtung ausgeführt, es müsse sich bei der Geschäftsbesorgung um Dienste handeln, bei denen zugleich auch dem Dienstpflichtigen wirklich die Besorgung eines Geschäfts, nicht nur eine unselbständige Hilfsleistung dabei überlassen werde. Als Beispiel hat er den Werkmeister und den gewöhnlichen Handarbeiter einander gegenüber gestellt.[2]) — Ob aber diese Formulierung unanfechtbar und ob das gewählte Beispiel stets zutreffend ist, wird erst zu untersuchen sein.

I. Versuchen wir zunächst den Begriff der Selbständigkeit bezw. Unselbständigkeit näher zu bestimmen.

1. Unselbständig ist eine Tätigkeit einmal dann, wenn der Dienstleistende dem Geschäftsherrn oder dessen Vertreter bei dessen Tätigkeit lediglich Hilfe leistet, so daß die Hauptarbeit vom Geschäftsherrn selbst ausgeführt wird. Wenn z. B. ein Lehrling seinem Prinzipal bei Bedienung eines Kunden hilft, indem er die Waren herbeischafft, wenn der Lehrling dem Meister bei der Herstellung einer Ware behilflich ist, wenn das Dienstmädchen der Hausfrau beim Kochen hilft, wenn der Piccolo zusammen mit dem Wirt die Gäste bedient, aber auch wenn der Assistenzarzt seinem Chef bei einer Operation assistiert, liegt eine unselbständige Dienstleistung vor.

---

[1]) Vgl. für das schweizerische Recht Hafner und Suter, oben S. 33.

[2]) Bernau verlangt eine selbständige, nicht rein mechanische, also dispositive, nicht exekutive Tätigkeit; als Beispiel nennt auch er den Werkführer einerseits und den Fabrikarbeiter andererseits.

Endemann bezeichnet als unselbständig den Lehrling, den zum Teppichklopfen angestellten Dienstmann, auch den Hauslehrer.

2. Unselbständig ist aber fernerhin auch derjenige, der bei der Ausführung seiner Tätigkeit der Aufsicht des Geschäftsherrn oder dessen Vertreters unterstellt ist, so daß der Geschäftsherr an der Ausführungshandlung selbst zwar nicht teilnimmt, aber die Ausführung kontrolliert; (ein Fall, der von der Oertmannschen Definition nicht mit umfaßt wird.) So ist unselbständig der Lehrling, der unter Kontrolle des Prinzipals die Kunden bedient oder einen vom Prinzipal diktierten Brief schreibt; der Fabrikarbeiter, der unter Leitung des Werkmeisters eine Ware herstellt; der Feldarbeiter, der unter Leitung des Aufsehers das Korn mäht; der Dienstmann, der dem Reisenden auf dem Weg zur Bahn den Koffer trägt; die Köchin, die unter den Augen der Hausfrau das Essen bereitet; die Näherin oder Waschfrau, die unter Aufsicht der Hausfrau arbeitet; fernerhin der Assistenzarzt, der allein, aber unter Aufsicht des Chefarzts eine Operation vornimmt; die Gouvernante, die unter Kontrolle der Hausfrau die Kinder unterrichtet. Von einer eigentlichen Hilfeleistung zur Tätigkeit des Geschäftsherrn ist in diesen Fällen nicht die Rede; trotzdem ist die Dienstleistung eine unselbständige.[1])

Was des näheren den Begriff der Aufsicht betrifft, so geht schon aus den gewählten Beispielen hervor, daß die Aufsicht einmal eine persönliche Beziehung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dienstleistenden bei der Dienstleistung erfordert. Doch darf hiemit nicht unbedingt fortwährende körperliche Anwesenheit des Geschäftsherrn bei der Dienstleistung verlangt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob sich der Geschäftsherr jederzeit über die Art und Weise der Ausführung der Tätigkeit persönlich zu informieren vermag, ohne daß hiebei verhältnismäßig kurze Verhinderungen in Betracht kommen würden. — Außerdem ist aber auch eine gewisse geistige Befähigung des Geschäftsherrn erforderlich. Wenn ihm die zur Ausführung der Tätigkeit nötige Sachkenntnis fehlt, kann man nicht von Beaufsichtigung der Tätigkeit reden. Es handelt sich also stets um Tätigkeiten, die der Geschäftsherr an sich gerade so gut selbst vornehmen könnte,[2]) gleichgültig, ob er sie in der Regel

[1]) Beim Werkvertrag wird eine unselbständige Arbeitsleistung selten vorkommen.

[2]) Dieses Moment ist hier in gerade entgegengesetztem Sinn verwandt als von den im vorigen §, III, 4 genannten Schriftstellern.

selbst vornimmt oder nicht. — Zu beachten ist endlich, daß entscheidend stets der Umstand ist, ob der Geschäftsherr die Aufsicht tatsächlich ausübt oder nicht. Ob dagegen ein Aufsichtsrecht des Geschäftsherrn besteht, ist eine Frage für sich, die bei jedem einzelnen Vertrag nach den Vereinbarungen der Parteien, unter Umständen nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen zu entscheiden ist.

3. Eine selbständige Dienstleistung liegt hienach dann vor, wenn der Dienstleistende den Geschäftsherrn bei dessen Tätigkeit nicht lediglich unterstützt und der Aufsicht des Geschäftsherrn nicht unterstellt ist. Selbständig ist z. B. der Verkäufer im Laden oder der Arbeiter in der Werkstatt gegenüber dem im Kontor arbeitenden Chef, der Werkmeister gegenüber dem Fabrikherrn, der Hausverwalter gegenüber dem Hausbesitzer, der Gutsinspektor gegenüber dem Grundbesitzer; aber auch der Feldarbeiter oder der Koch, die ohne Aufsicht der Herrschaft ihre Arbeit verrichten, der Dienstmann, der mir einen Gang besorgt, das Dienstmädchen, das in der Stadt Einkäufe macht; sodann der Schneider oder Schuhmacher, der zu Hause für den Kunden arbeitet; endlich der Arzt gegenüber dem Patienten, ebenso wie der Assistenzarzt, der in der Klinik seines Chefs allein die Morgenbesuche macht; der Rechtsanwalt gegenüber dem Klienten, der Privatlehrer gegenüber seinem Schüler oder dessen Gewalthaber u. s. f.

4. Ob eine Dienstleistung als selbständige oder als unselbständige zu bezeichnen ist, ist somit stets nach dem konkreten einzelnen Fall zu beurteilen. Es kann daher Oertmann und Endemann nicht beigetreten werden, wenn sie als Beispiel der unselbständigen Dienstleistung die Tätigkeit des Fabrikarbeiters oder Lehrlings schlechthin bezeichnen.[1]) — Möglich ist insbesondere, daß ein Vertrag zum Teil selbständige, zum Teil unselbständige Dienstleistungen zum Gegenstand hat. Dann sind natürlich nicht die einzelnen selbständigen Verrichtungen als besondere Geschäftsbesorgungsverträge zu betrachten,

[1]) Aus Obigem geht gleichzeitig hervor, daß sich der Gegensatz nicht durch die Worte dispositiv einerseits und exekutiv andererseits bestimmen läßt. Auch eine rein mechanische, exekutive Tätigkeit, kann, falls die Mitwirkung des Geschäftsherrn fehlt, selbständig sein. — Vgl. dagegen Bernau, oben S. 63 Anm. 2.

sondern der Vertrag im ganzen ist nur teilweise geschäftlicher Natur. Dann gelten die auf die Geschäftsbesorgung bezüglichen Regeln nicht auf den ganzen Vertrag, sondern nur auf seinen geschäftlichen Teil. (Diesem Ergebnis steht auch der Wortlaut des § 675 durchaus nicht im Wege. Denn der Satz: „Auf einen Vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat", braucht nicht notwendig in dem Sinn verstanden zu werden: „auf denjenigen Vertrag, der —"; er hat außerdem auch die Bedeutung: „auf den Vertrag, soweit er — —".)

II. In all den genannten Fällen der unselbständigen Dienstleistung, insbesondere auch in den unter I, 2 genannten, sind die in Betracht kommenden Auftragsregeln überflüssig.

In diesen Fällen braucht nicht ausdrücklich das Recht, von den Weisungen abzuweichen, statuiert zu sein; denn der Geschäftsherr bezw. sein Vertreter kann ja immer selbst entsprechend eingreifen. Der Dienstleistende hat keine besondere Benachrichtigungs-, Auskunfts- und Rechenschaftspflicht, weil sich der Herr stets selbst informieren kann. Es entfällt die Herausgabepflicht und damit auch der § 668, da dem Dienstleistenden gar nichts ausschließlich und allein überlassen wird. Andererseits ist keine besondere Bestimmung nötig über die Ersatzpflicht hinsichtlich der Aufwendungen, die der Dienstleistende den Umständen nach für erforderlich halten darf; denn der Geschäftsherr kann ja immer selbst über die Notwendigkeit entscheiden. Infolge der geringen Bedeutung, die hier die Aufwendungen des Dienstleistenden selbst haben, ist es auch nicht nötig, eine besondere Vorschußpflicht zu statuieren. Hieraus geht auch hervor, daß in diesen Fällen die Bestimmung, daß der Vertrag durch Konkurs des Geschäftsherrn erlösche, keine genügende Begründung hätte; denn der Grund für diese Bestimmung liegt gerade in dem Erstattungsanspruch des Dienstleistenden, der hier meist fehlt. Weiterhin kann hier auch keine allgemeine Bestimmung darüber getroffen werden, ob der Dienstleistende nach dem Tod des Geschäftsherrn die Dienstleistung fortzusetzen hat (§ 672 S. 2), da es fraglich erscheint, ob er dies ohne Mitwirkung des Geschäftsherrn überhaupt kann. Endlich haben die Bestimmungen des § 673 S. 2 (Anzeigepflicht beim Tod des Beauftragten) und des § 674 (Fortbestehen des Vertrags bis zur Kenntnis vom Erlöschen) hier, wo

eine tatsächliche persönliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien während der Dienstleistung besteht, keine praktische Bedeutung. — Auch die Unanwendbarkeit des § 663 ist für diese Fälle erklärlich. Denn einmal kann der Geschäftsherr hier, da er ja selbst in gewisser Hinsicht bei der Dienstleistung mitwirken muß, nicht — wie bei der selbständigen Dienstleistung — darauf bauen, daß die Dienstleistung ohne sein Zutun ausgeführt werde; er bekommt also jedenfalls von dem tatsächlichen Vollzug oder Nichtvollzug der Dienstleistung von selbst Kenntnis. Und sodann kann er, wenn Not an Mann geht, die Dienstleistung meist auch allein bezw. selbst vornehmen. Die Statuierung einer allgemeinen Antwortpflicht ist daher hier kein so dringendes Bedürfnis. Freilich ist nicht zu verkennen, daß sie auch hier in manchen Fällen angezeigt wäre, so wenn z. B. jemand zu gleicher Zeit mehrere Arbeiter bestellt; die Regel aber ist dies nicht.

III. Hienach bildet die Selbständigkeit in unserem Sinn ein wesentliches positives Begriffsmerkmal der Geschäftsbesorgung.

Ist nun aber die Anwendung der Geschäftsbesorgungsregeln auf alle Fälle der selbständigen Dienstleistung gerechtfertigt?

Diese Frage kann meines Erachtens nicht bejaht werden. Es ist daher nach weiteren Begriffsmerkmalen der Geschäftsbesorgung zu suchen, die die Anwendung der betreffenden Regeln rechtfertigen.

§ 9.

Die Bestimmtheit der Dienstleistung.

Auf ein solches weiteres Begriffsmerkmal hat Hellwig hingewiesen,[1]) indem er unter Geschäftsbesorgung nur die Entfaltung der Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten, also die Tätigkeit, die auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichtet ist, versteht.[2])

Ich möchte mich dieser Formulierung, namentlich dem letzten Teil derselben, zwar nicht ohne Weiteres anschließen, insbesondere

---

[1]) Vgl. für das schweizerische Recht Thalberg und Suter, oben S. 32.

[2]) Vgl. auch Endemann, § 173, 1b: „Inhaltlich unterscheidet sich der Auftrag von dem Dienstvertrag durch seine Abstellung auf das Bewirken eines bestimmten Erfolgs."

weil sie geeignet ist, Mißverständnisse hervorzurufen. Abgesehen davon, daß nach Hellwigs eigener Auffassung jeder Werkvertrag ein Geschäftsbesorgungsvertrag wäre, — eine Konsequenz, die mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch steht, — hat man nämlich der Hellwig'schen Formulierung entgegengehalten, daß sie auch innerhalb des Dienstvertrags keine klare Abgrenzung möglich mache. So hat Staub ausgeführt:[1]) „Findet Hellwig das Kriterium des Geschäftsbesorgungsvertrags darin, daß sein Gegenstand ein bestimmter Erfolg ist, so scheiden alle Dienstverträge aus; denn Gegenstand dieser sind die Dienste, nicht der Erfolg derselben. — Findet Hellwig das Kriterium des Geschäftsbesorgungsvertrags aber darin, daß zwar der durch die Tätigkeit zu erzielende Erfolg nicht notwendig Gegenstand des Vertrags ist, daß aber doch jedenfalls die Entfaltung der Tätigkeit auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges rechtlicher oder tatsächlicher Art gerichtet ist, so fallen — auch alle Dienstverträge darunter. — Denn das kann wohl von jedem Dienstvertrag gesagt werden, daß die Tätigkeit des Dienstverpflichteten auf die Erledigung bestimmter Angelegenheiten, auf die Herbeiführung bestimmter Erfolge gerichtet ist."

Dieser Einwand — wesentlich ist dabei die zweite Alternative — hat der Hellwig'schen Formulierung gegenüber eine gewisse Berechtigung. Er entfällt aber, wenn wir den Hellwig'schen Gedanken dahin wiedergeben:

Von einer Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung kann nur dann die Rede sein, wenn sich die Verpflichtung zur Dienstleistung auf eine bestimmte Angelegenheit oder eine Mehrheit bestimmter Angelegenheiten bezieht, also: wenn und solange eine Einigung über bestimmte Verrichtungen nicht erfolgt ist, liegt keine Geschäftsbesorgung vor. — Ein Erbieten zur Geschäftsbesorgung liegt nur dann vor, wenn jemand nicht nur seine Dienste überhaupt zur Verfügung stellt, sondern sich erbietet, einzelne auf bestimmte Verrichtungen gerichtete Anträge anzunehmen.[2])

1. Hieraus folgt für den Dienstvertrag:

Wenn jemand nur die allgemeine Verpflichtung zur Besorgung

[1]) Staub a. a. O. S. 1149.

[2]) Die obige Unterscheidung ist namentlich mit Rücksicht auf § 663 keineswegs von bloß theoretischer Bedeutung, wie Michaelis a. a. O. annimmt.

von Geschäften gewisser Art übernimmt, so ist dies noch kein Geschäftsbesorgungs-Dienstvertrag. Hiezu wird der Vertrag erst, wenn sich die Parteien über bestimmte, konkrete Verrichtungen geeinigt haben.[1]) Ein Dienstvertrag kann also von Anfang an auf Geschäftsbesorgung gehen; es ist aber ebensogut möglich, daß er anfangs nur auf Dienstleistung im allgemeinen gerichtet ist, wobei allerdings die Art der Dienste von Anfang an bestimmt sein kann, und daß sich erst auf der Grundlage dieses zu einer unbestimmten Vielheit von Diensten verpflichtenden Vertrags die Verbindlichkeit zur Besorgung eines bestimmten Geschäfts entwickelt. Im letzteren Fall hat dann der Dienstvertrag als solcher nur teilweise eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand; die auf die Geschäftsbesorgung bezüglichen Regeln gelten nur auf den geschäftlichen Teil;[2]) im übrigen unterliegt ein solcher Dienstvertrag den gewöhnlichen Vorschriften. — Ein gewöhnlicher Dienstvertrag ist hienach z. B. gegeben, wenn sich ein Dienstbote, ein Arbeiter, ein Handlungsgehilfe verpflichtet, einem andern eine bestimmte Zeit hindurch Dienste zu leisten; ebenso wenn sich ein Arzt, ein Chemiker, ein Rechtsanwalt verpflichtet, in der Klinik, dem Laboratorium, dem Bureau eines andern eine bestimmte Zeit hindurch tätig zu sein; erst wenn diesen Personen einzelne bestimmte Verrichtungen, z. B. Zubereiten des Essens, Herstellung einer Ware, Vornahme einer Operation, Führung eines Prozesses, übertragen werden, wird der mit ihnen abgeschlossene Dienstvertrag insoweit ein Geschäftsbesorgungsvertrag. Andererseits ist z. B. von Anfang an ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorhanden, wenn sich der Arzt verpflichtet, mein krankes Kind zu behandeln oder der Rechtsanwalt, einen Prozeß zu führen; ferner, wenn ich einen Dienstmann beauftrage, mir einen Gang zu machen, oder die Waschfrau, meine Wäsche rein zu waschen.[3])

---

[1]) In diesem Sinn haben auch Lenel S. 35 und Jaeger S. 180 den Hellwig'schen Gedanken aufgefaßt.

[2]) Und zwar auf Grund des § 675, von dem Lenel S. 36 mit Unrecht annimmt, daß sein Wortlaut hier nicht zutreffe. Vgl. hiegegen schon oben S. 66.

[3]) Die von Staub S. 1150 angeführten Beispiele sind danach allerdings Geschäftsbesorgungsverträge. Aber damit, daß Staub verschiedene Geschäftsbesorgungsverträge aufzählt, beweist er noch nicht, daß es nicht auch andere Dienstverträge giebt.

Daß diese Unterscheidung schon im Wortlaut des Gesetzes eine Stütze findet, ist oben in § 5, II, 4 hervorgehoben. Es wird aber zu zeigen sein, daß sie auch den praktischen Bedürfnissen durchaus entspricht.

Dies trifft vor allem zu hinsichtlich des § 663 Satz 1. Der Handlungsgehilfe, der sich in der Zeitung erboten hat, in irgend einem Ladengeschäft einzutreten, der Dienstbote oder landwirtschaftliche Arbeiter, der in der Zeitung seine Dienste zur Verfügung stellt, ebenso wie der Arzt, der auf diesem Wege eine Stelle an einem Krankenhaus sucht, ist nicht verpflichtet, jeden ihm zugehenden Antrag zu beantworten. Die Anträge, die ihm nicht passen, kann er ruhig unbeantwortet lassen, ohne daß er dadurch dem Antragenden schadensersatzpflichtig würde. — Dieses Resultat wird hinsichtlich des § 663 im wesentlichen selbst von Gegnern, wie Düringer-Hachenburg, zugegeben. Letztere meinen,[1]) den Ausschluß des „dauernden Dienstverhältnisses (B.G.B. § 627)" von der Bestimmung des § 663 gebiete die Fassung des § 663, da hier eine Bestellung oder ein Anerbieten zur Besorgung „gewisser" Geschäfte verlangt werde, und sie gelangen so zu ähnlichen Beispielen, wie wir sie oben aufgestellt haben. In Wahrheit haben aber die Worte „gewisser Geschäfte" in § 663 nicht den Sinn von „gewisser konkreter Geschäfte", sondern den von „gewisser Arten von Geschäften". Nicht die Fassung des § 663, sondern der Begriff Geschäftsbesorgung überhaupt gebietet jene engere Interpretation. Außerdem wird auch die Unterscheidung durch die Gegenüberstellung der dauernden und nichtdauernden, d. h. vorübergehenden Dienstverhältnisse nicht richtig getroffen. Wenn sich ein Dienstbote verpflichtet, vier Wochen zur Aushilfe zu dienen, so ist das Dienstverhältnis kein dauerndes, trotzdem liegt ein einfacher Dienstvertrag in unserm Sinn vor.[2])

Ganz anders, wenn der Arzt oder der Rechtsanwalt anzeigt, daß er sich irgendwo niedergelassen habe, wenn sich der Bankier

[1]) Düringer-Hachenburg a. a. O. II S. 409.

[2]) Der Einwand von Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, S. 15, daß das Gesetz selbst an anderer Stelle (vgl. §§ 617, 627, 629, 630) zu deutlich die dauernden Dienstverhältnisse von den vorübergehenden unterscheide, ist zwar der Auffassung von Düringer-Hachenburg, nicht dagegen unserer Auffassung gegenüber durchschlagend. Hachenburg stellt selbst S. 51 die zwei Arten der nichtdauernden Dienstverhältnisse einander gegenüber.

durch eine Annonce dem Publikum gegenüber zur Diskontierung von Wechseln, zur Vermittlung von Darlehen erbietet. Ihr Erbieten hat den Sinn, daß sie sich bereit erklären, einzelne auf bestimmte Dienstleistungen gerichtete Aufträge, die ihnen zugehen, zu erledigen; sie sind, wenn sie einen hierauf gerichteten bestimmten Antrag ablehnen, antwortpflichtig.[1])

Ebenso hat — wie ohne weiteres ersichtlich — die Bestimmung über die Befugnis, von den Weisungen des Geschäftsherrn abzuweichen, die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht, die Herausgabe- und Verzinsungspflicht, gleichermaßen wie die Pflicht zur Erstattung der Aufwendungen und zur Vorschußleistung nur einen Sinn, wenn man an bestimmte einzelne Verrichtungen denkt. Auch die Pflicht des Dienstleistenden bezw. seines Erben, „das übertragene Geschäft" unter Umständen fortzusetzen, kann nur auf einzelne bestimmte Dienstleistungen bezogen werden. Endlich ist auch die Vorschrift des § 23 K.O., wonach der Geschäftsbesorgungsvertrag beim Konkurs des Geschäftsherrn erlischt, auf Verträge über bestimmte einzelne Geschäfte zu beziehen. Soweit es sich dagegen nicht um bestimmte Verrichtungen handelt, ist das Dienstverhältnis entweder nach § 22 K.O. zu behandeln, wonach die in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenen Dienstverhältnisse von jedem Teil gekündigt werden können, oder aber bleibt das Dienstverhältnis durch den Konkurs unberührt, z. B. ein Vertrag mit dem Arzt, mich gegen ein jährliches Fixum im Krankheitsfall zu behandeln,[2]) es sei denn, daß es wegen Übertragbarkeit des Dienstanspruchs ausnahmsweise dem § 17 K.O. unterworfen ist.

Hienach wird die von uns gemachte Unterscheidung für den Dienstvertrag durch die praktische Probe bestätigt.

2. Wie steht es nun aber mit dem Werkvertrag?

Hellwig (ebenso Jaeger, Kipp und Schollmeyer) hat — wie schon erwähnt — aus seiner Ansicht die Konsequenz gezogen, daß jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe.

---

[1]) Der Arzt ist also nunmehr in dieser Beziehung dem Rechtsanwalt (vgl. schon R.A.O.) und dem Bankier (vgl. schon H.G.B.) gleichgestellt. — Bezüglich der Unterlassungsfolgen vgl. beim Bankier H.G.B. § 362.

[2]) Nicht jeder Vertrag mit dem Arzt, wie Jaeger § 17 A. 25 deshalb annimmt, weil nach ihm bei der Geschäftsbesorgung der Erfolg auf vermögensrechtlichem Gebiet liegen muß.

Nach unserer Auffassung ist diese Konsequenz nicht notwendig. Beispiel: Ein Kaufmann schließt mit einem Güterbeförderer einen Vertrag ab, wonach der letztere sämtliche Güter, die der Kaufmann innerhalb des nächsten Jahrs versendet, vom Geschäft des Kaufmanns auf den Güterbahnhof zu befördern hat. — Der Vertrag dürfte als Werkvertrag anzusehen sein; der versprochene Erfolg ist die Beförderung der Güter. Auch hier kann aus den unter 1. angeführten Gründen von Geschäftsbesorgung nicht schon von Anfang an, sondern erst dann die Rede sein, wenn eine Einigung über bestimmte Verrichtungen erfolgt ist.[1])

Abgesehen hievon wird aber insbesondere aus den Ausführungen des folgenden § hervorgehen, daß nicht jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung enthält.[2])

§ 10.

Die zwei Arten des Werkvertrags.

In direktem Gegensatz zu Hellwig hat Lenel die Behauptung aufgestellt, daß ein Werkvertrag überhaupt gar nie eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe, eine Ansicht, die mit dem Wortlaut des Gesetzes ebenfalls im Widerspruch steht.

M. E. muß nun Lenel zwar das zugegeben werden, daß die Vorschriften über die Geschäftsbesorgung nicht auf jeden Werkvertrag passen, der die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs zum Gegenstand hat. Es ist also von der im vorigen § aufgestellten Regel, daß ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliege, wenn eine Einigung über bestimmte Verrichtungen erfolgt ist, für den Werkvertrag eine Ausnahme zu machen. Andererseits aber passen die Geschäftsbe-

[1]) Ein weiteres Beispiel ist der Bühnenengagementsvertrag, sofern man diesen als Werkvertrag auffaßt; siehe Opet, Arch. f. d. civilistische Praxis, Bd. 86 (1896) S. 155 ff., bes. S. 159.

[2]) Unberechtigt erscheint mir die Auffassung von Endemann zu § 173, I b, daß sich der Auftrag dadurch vom Werkvertrag unterscheide, daß ersterer die vertretungsweise Vornahme von Rechtsgeschäften zum alleinigen Inhalt nehmen könne. Denn auch beim Werkvertrag ist jene Möglichkeit vorhanden, z. B. A will seinem Mieter B kündigen und beauftragt den C mit der Kündigung, welche dieser gegen Zusicherung eines Entgelts übernimmt. Der Vertrag zwischen A und C ist als Werkvertrag zu betrachten. Vgl. hierüber Riezler a. a. O. S. 76.

sorgungsvorschriften immerhin auf gewisse Werkverträge, so daß nicht jeder Werkvertrag vom Begriff der Geschäftsbesorgung ausgeschlossen erscheint.

Wie ist nun aber die Grenze zu ziehen? Der Lösung dieser Frage steht der Umstand sehr im Wege, daß die Abgrenzung des Begriffs Werkvertrag selbst durchaus noch nicht völlig geklärt ist.

Lenel hat in dieser Richtung ausgeführt:[1])

„Nicht nur decken sich die Begriffe „Werkvertrag" und „entgeltlicher Auftrag" nicht, sondern sie schließen sich gegenseitig aus, und wenn § 675 von Werkverträgen spricht, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, so liegt hier eine falsche Konstruktion vor, der ich keine bindende Bedeutung beimesse. Zwischen Werkvertrag und entgeltlichem Auftrag besteht folgender tiefgreifende Unterschied: Der Unternehmer eines Werkes verspricht die Herstellung eines Werkes, d. h. den Erfolg selbst, der Beauftragte, auch wenn er Entgelt empfängt, verspricht nur Geschäftsbesorgung, d. h. nur tätig zu werden zum Zweck der Herbeiführung des Erfolgs. So verspricht der mit dem Ein- und Verkauf Betraute nicht das Zustandekommen des Vertrags, der Inkassomandatar nicht das Eingehen der Gelder, der Arzt nicht die Heilung, der Detektiv nicht die Ermittlung des Verbrechers, der Bergführer, der den Reisenden führen soll, nicht die Erreichung des Gipfels; aber der Architekt verspricht allerdings die Herstellung des Baues, der Transportunternehmer den Transport bis ans Ziel, der Uhrmacher die Reparatur der Uhr u. s. w. Dieser Unterschied bleibt bestehen, auch dann, wenn dem Beauftragten Lohn nur im Fall der Erreichung des gesetzten Ziels versprochen ist — dies ist ja wohl der Fall, den die Verfasser des § 675 mit dem Ausdruck „Werkvertrag" treffen wollten —: denn die Bedingungen, unter denen der Lohnanspruch entsteht, modifizieren nicht den Inhalt der von dem Beauftragten selbst übernommenen Verpflichtung --".

Diese Ausführungen scheinen mir nun den Unterschied zwischen Werkvertrag und dem auf die Erledigung einer bestimmten Angelegenheit gerichteten Dienstvertrag, nicht dagegen den zwischen Werkvertrag und entgeltlichem Auftrag, treffend wiederzugeben.

---

[1]) Lenel a. a. O. S. 37 f.

Zwar bemerken die Motive II S. 471 über die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag: „Gegenstand des Dienstvertrags sind die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche, Gegenstand des Werkvertrags ist das Werk (im engeren oder weiteren Sinn) oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit. Bei dem Dienstvertrag wird für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrag für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen." Nach dieser Definition, die von den meisten Schriftstellern ohne Widerspruch übernommen worden ist, liegt also das Schwergewicht auf der Seite der Vergütung. Wofür diese bezahlt wird, ob für die Arbeit oder für den Erfolg, soll ausschlaggebend sein. Nun ist aber nicht zu verkennen, daß es auch Dienstverträge gibt, bei denen die Vergütung nur für das Arbeitsprodukt versprochen wird. Es sind dies die Dienstverträge, bei denen die Vergütung in Akkord- oder Stücklohn besteht. Wenn der Akkordarbeier nichts fertig bringt, so erhält er auch nichts; der Vertrag ist auch hier auf das Arbeitsresultat gerichtet. Andererseits sind beim Werkvertrag Verabredungen über die Gefahr sehr wohl möglich;[1]) es ist also möglich, daß der Unternehmer, obwohl er den Erfolg nicht herbeiführt, für die geleistete Arbeit als solche eine Vergütung bekommt.[2]) Man wird daher bei der Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag richtiger darauf abzustellen haben, wozu sich der Verpflichtete verpflichtet hat: beim Dienstvertrag verpflichtet er sich lediglich zu Arbeit, auch wenn er nur für das Produkt bezahlt wird, beim Werkvertrag verpflichtet er sich zur Herstellung des versprochenen Werks;[3]) im ersteren Fall verspricht er nur tätig zu werden zum Zweck der Herbeiführung eines Erfolgs, im zweiten verspricht er den Erfolg selbst. Insofern wird den Ausführungen Lenels beizustimmen sein.

Dagegen hat Lenel m. E. zu Unrecht den auf die Erledigung einer bestimmten Angelegenheit gerichteten Dienstvertrag mit dem entgeltlichen Auftrag identifiziert und zu Unrecht auch den letzteren und damit den Begriff Geschäftsbesorgung in Gegensatz zum Werkvertrag gebracht. Die Worte Lenels: „Der Beauftragte verspricht

---

[1]) Vgl. hiezu namentlich Planck a. a. O., Vorbem. zu § 644.

[2]) Diese Umstände scheinen mir von Riezler S. 43 f. nicht genügend berücksichtigt.

[3]) Vgl. schon Entsch. des Reichsger. in Civils. 4, 424; 10, 166; 33, 170. Auch Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., 1896, S. 82.

Geschäftsbesorgung, das heißt tätig zu werden zum Zweck der Herbeiführung des Erfolgs" erscheinen mir unbegründet. Das Gesetz selbst will, wie schon mehrfach hervorgehoben (und wie auch Lenel zugibt), eine derartige Identifizierung und Gegenüberstellung nicht. Und hierüber wird man sich im gegebenen Fall auch nicht mit der Annahme hinwegsetzen dürfen, daß eine falsche Konstruktion des Gesetzes vorliege, an die die Auslegung nicht gebunden sei. Denn eine derartige Annahme wäre nur zulässig, wenn zwingende Gründe hiefür beigebracht würden, d. h. wenn erwiesen würde, daß auf einen Vertrag, durch den sich jemand zur — entgeltlichen oder unentgeltlichen — Herbeiführung eines Erfolgs verpflichtet, die Geschäftsbesorgungsregeln überhaupt nie anwendbar seien. Dies scheint mir aber nach Lenels eigenen Ausführungen nicht der Fall zu sein. Lenel hat nämlich, indem er gerade aus dem von ihm gemachten Unterschied zwischen Werkvertrag und entgeltlichem Auftrag die hauptsächlichen praktischen Verschiedenheiten abzuleiten versucht, die sich aus § 675 ergeben, u. a. ausgeführt: [1])

„Der Unternehmer verspricht das fertige Werk; wie er es herstellt, ob auf dem kostspieligsten oder billigsten Wege, ist an sich seine Sache. Darum hat er keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, soweit das Gegenteil nicht vereinbart ist, und ist er umgekehrt auch nicht rechenschaftspflichtig, soweit sich eine Rechenschaftspflicht nicht aus accidentellen Nebenvereinbarungen ergibt. — Der Unternehmer braucht, gegenteilige Vereinbarung vorbehalten, Weisungen des Bestellers nicht zu respektieren: er hat ja nur das Werk versprochen und kann verlangen, daß die Wahl des Weges zum Ziele ihm überlassen bleibe." Zu § 673: „Was der Unternehmer verspricht, das fertige Werk, ist an sich etwas unpersönliches — ob die Person des Unternehmers bei dem Vertrag eine entscheidende Rolle spielt, ist reine quaestio facti." Bezüglich des § 663: „verkenne ich nicht, daß es Werkverträge gibt, bei denen die Verhältnisse ähnlich liegen."

Mit den Einschränkungen, die Lenel seinen Grundsätzen beifügt („soweit das Gegenteil nicht vereinbart ist" u. s. w.), gibt er doch selbst zu, daß die Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen, die

[1]) Lenel S. 38 ff.

Rechenschaftspflicht, die Gehorsamspflicht, die Antwortpflicht und die Beendigung des Vertrags durch den Tod des Beauftragten mit dem Begriff des Werkvertrags keineswegs unvereinbar sind, wenngleich sie auch nicht regelmäßig sind. Werkvertrag und Geschäftsbesorgungsvertrag schließen sich also keineswegs aus; sie können mitunter zusammenfallen. Ich glaube nun, daß dies nicht — wie Lenel meint — nur dann der Fall ist, wenn die Parteien eine besondere hierauf gerichtete Vereinbarung getroffen haben, sondern daß dies oft auch beim Fehlen einer derartigen Vereinbarung zutrifft. Wenn ich z. B. dem Schneider Stoff zur Fertigung eines Anzugs übergebe, so kann ich zweifellos, ohne daß ich mir dies beim Vertragsschluß besonders vorbehalten habe, während der Arbeit besondere Wünsche äußern und Anweisungen geben. Der Schneider seinerseits kann dann, wenn ihm diese Weisungen besondere Aufwendungen verursachen, Ersatz derselben verlangen, ist mir aber andererseits auch rechenschaftspflichtig. Ebenso verhält es sich, wenn ich einem Baumeister die Herstellung eines Hauses übertrage. In allen Fällen des Werkvertrags die Anwendung der Geschäftsbesorgungsregeln schlechthin auszuschließen oder nur für den Fall zuzulassen, daß eine besondere hierauf gerichtete Vereinbarung der Parteien vorliegt, würde den Verkehrsanschauungen durchaus widersprechen. Bei einer ganzen Reihe von Werkverträgen sind vielmehr die Geschäftsbesorgungsregeln ohne weiteres von vornherein ein Bedürfnis.

Für die Abgrenzung der beiden Arten von Werkverträgen ist nun meines Erachtens entscheidend der Umstand, ob der Besteller Weisungen zu geben berechtigt ist oder nicht. Das Weisungsrecht des Bestellers ist hienach nicht als Folge, sondern als Voraussetzung des „Werkvertrags, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat", anzusehen. § 665 statuiert ja nicht ein Weisungsrecht des Auftraggebers, sondern das Recht des Beauftragten, von den gegebenen Weisungen abzuweichen; das Weisungsrecht setzt er voraus.[1]) Es ist daher bei jedem einzelnen Werkvertrag in erster Linie zu prüfen, ob dem Besteller ein Weisungsrecht zuzugestehen ist oder nicht, und zwar hat diese Prüfung zu erfolgen außer nach den konkreten Vereinbarungen der Parteien nach dem, was Treu und Glaube

[1]) Vgl. das oben S. 49 f. Gesagte.

mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. — Wird das Weisungsrecht bejaht — und dies wird insbesondere häufig dann der Fa sein, wenn nach der Absicht der Parteien der vereinbarte Lohn nur eine Vergütung für die Arbeit und nicht für Arbeit und Auslagen zusammengenommen sein soll — so sind auch die Geschäftsbesorgungsregeln anwendbar. Der Unternehmer ist dann berechtigt, von den Weisungen unter Umständen abzuweichen; er kann besonderen Ersatz verlangen für die Aufwendungen, die er auf Grund der Weisungen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, ist andererseits aber auch zur Auskunft und zur Rechenschaft verpflichtet. (Vgl. die eben angeführten Beispiele des Schneiders und Baumeisters.)

Die Lenel'schen Ausführungen scheinen mir dagegen zuzutreffen auf diejenigen Werkverträge, bei denen der Unternehmer nach dem ausdrücklich vereinbarten oder nach Treu und Glauben zu bestimmenden Inhalt des Vertrags die Herstellung eines Werks völlig unabhängig von den Weisungen des Bestellers übernimmt.[1]) Es wird dies insbesondere in vielen Fällen zutreffen, bei denen die Herstellung eines sog. immateriellen opus übernommen ist. Bei solchen Werkverträgen verspricht der Unternehmer allerdings schlechthin

[1]) Eine ähnliche Unterscheidung findet sich in der 2. Auflage von Schollmeyers Buch, die ich erst nach Vollendung dieser Arbeit zur Hand bekommen habe. Schollmeyer führt dort S. 100 A. 2 aus: „Obwohl jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, so können m. E. doch nicht auf jeden Werkvertrag die Vorschriften über den Auftrag entsprechende Anwendung finden. — — Vielmehr setzt die Anwendung der zitierten Bestimmungen über den Auftrag auf den Werkvertrag m. E. voraus, daß der Werkvertrag durch die Parteien selbst eine besondere Gestaltung erfahren habe. Es muß nämlich ausgemacht sein, daß der Unternehmer den Anweisungen des Bestellers zu folgen hat und von der Tragung der Kosten der Ausführung des Werkes frei, ja sogar befugt sein soll, Vorschuß für die Kosten der Ausführung zu verlangen. Fehlt es an der einen oder anderen Abmachung, so kommt die betreffende Bestimmung über den Auftrag nicht zur Anwendung". — Hinsichtlich der §§ 669 u. 670 B.G.B. befindet sich Schollmeyer im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung; (vgl. dazu auch oben S. 50.) Dagegen ist m. E. — wie oben ausgeführt — das Weisungsrecht des Geschäftsherrn, nicht nur für die Anwendbarkeit des § 665, sondern für die Anwendung der Auftragsregeln überhaupt entscheidend. Auch ist bei Beurteilung des Vertrags nicht nur auf die Vereinbarungen der Parteien, sondern insbesondere auch auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen. Endlich ist der erwähnte Gedankengang auch in der Definition des Begriffs „Geschäftsbesorgung" zum Ausdruck zu bringen.

das fertige Werk; die Mittel und Wege zum Ziel sind ihm völlig überlassen. Hier hat der § 665 keinen Sinn, weil Weisungen des Bestellers gar nicht in Betracht kommen; hier braucht der Unternehmer infolge seiner Unabhängigkeit vom Besteller vor der Vollendung weder Nachrichten zu geben noch Auskunft zu erteilen; er kann ebendeshalb, außer wenn das Gegenteil ausdrücklich vereinbart ist, für etwaige Aufwendungen keinen besonderen Ersatz und daher auch keinen Vorschuß verlangen, ist aber andererseits auch nicht rechenschaftspflichtig. Gerade in diesem Fall dürfte auch der von Lenel für die Unanwendbarkeit des § 663 beim Werkvertrag angeführte Grund zutreffen: Der Unternehmer verspricht „nicht bloß Arbeit, sondern auch Kosten auf eigene Gefahr aufzuwenden, Kosten, für die er, wenn ihm trotz aller Sorgfalt die Herstellung des Werkes nicht gelingt, keinen Ersatz erhält. Auch die öffentliche Bestellung und das öffentliche Erbieten begründet hier nicht die Erwartung, daß er sich auf jeden Antrag hin ohne Rücksicht auf die Verhältnisse und die Person des Bestellers alsbald ans Werk machen werde. Daher war die Festsetzung einer Antwortpflicht mindestens als allgemeine Bestimmung hier nicht am Platze".

Bei den letztgenannten Werkverträgen ist also der weitaus überwiegende Teil der Geschäftsbesorgungsregeln nicht anwendbar. Diese Werkverträge werden daher allerdings von den Geschäftsbesorgungsverträgen auszuschließen sein.[1])

Aus alledem geht hervor, daß in § 675 unter „Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben", wirkliche Werkverträge und nicht eine besondere Art von Dienstverträgen zu verstehen sind. Der entgeltliche Auftrag ist hienach von Lenel zu eng umgrenzt; er umfaßt außer den Geschäftsbesorgungsdienstverträgen auch gewisse Werkverträge.

---

[1]) Beim Dienstvertrag ist dagegen — wie ausdrücklich hervorgehoben sein mag — die obige Unterscheidung nach dem Weisungsrecht des Geschäftsherrn nicht angezeigt, eben weil der Dienstverpflichtete sich nie zur Herstellung eines Erfolges schlechthin, sondern immer nur zur Arbeit als solcher verpflichtet, so daß die Gefahr der Nichterreichung des Erfolgs stets den Berechtigten oder mindestens zugleich den Berechtigten trifft.

§ 11.

Ergebnis.

I. Das Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen ist hienach:

Ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 662, 675) ist jeder auf bestimmte Dienstleistungen gerichtete Vertrag, bei dem der Dienstleistende selbständig tätig wird, es sei denn, daß er völlig unabhängig die Herbeiführung eines Erfolgs übernimmt.

Ein gewöhnlicher Dienst- oder Werkvertrag dagegen liegt vor, wenn der Dienstleistende ganz unselbständig handelt, oder wenn eine Einigung über bestimmte Verrichtungen noch nicht stattgefunden hat, oder wenn der Unternehmer völlig unabhängig die Herbeiführung eines Erfolgs übernimmt.

Ist in den letzteren Fällen eine Vergütung nicht vereinbart, so liegt ein vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelter Vertrag vor.

In negativer Richtung ist zu beachten, daß die Aufbewahrung nie Geschäftsbesorgung ist.[1])

II. Die Einschränkung, die wir für die Geschäftsbesorgungsverträge aufgestellt haben, ist dagegen nicht nötig für § 677.

Ist nun hier der Begriff Geschäftsbesorgung im weitesten Sinn aufzufassen?

Daß auf die Bejahung dieser Frage schon die geschichtliche Entwicklung hinweist, und daß hiemit auch der Sprachgebrauch des Gesetzes selbst im Einklang steht, ist bereits oben in § 4, F und in § 5 hervorgehoben. Hinzu kommt, daß sich die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht nur als Gegenstück des Auftrags, sondern überhaupt sämtlicher Arbeitsverträge darstellt, insofern alles, was vertragsmäßig ohne oder gegen Lohn geschehen kann, hier freiwillig ohne Vertrag geschieht. Endlich erheischen auch die praktischen Bedürfnisse keine Einschränkung.[2]) Insbesondere wird nicht verlangt werden dürfen, daß es sich hier um die Vornahme von Rechtsgeschäften (z. B. Einkauf von Sachen, Zahlung fremder Schulden) handeln müsse. Vielmehr sind auch rein tatsächliche Dienstleistungen hieher zu rechnen (Verwahrung fremder verlorener Sachen, Repara-

[1]) Vgl. oben S. 45.

[2]) Die von Endemann S. 1119 A. 4 gemachte Einschränkung ist bei Beachtung der allgemeinen Grenzen des Rechtsgebiets überflüssig.

tur eines fremden Hauses, Fütterung eines zugelaufenen Hundes). Gerade mit Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse wird auch der Ansicht Isays nicht beizupflichten sein, der auch hier eine das Vermögen des Geschäftsherrn berührende Tätigkeit verlangt.[1]) Es würde unserem Rechtsgefühl durchaus widersprechen, wenn man z. B. dem Arzt, der einem Verunglückten unaufgefordert Beistand leistet, oder dem Bergführer, der einem verstiegenen Touristen zu Hilfe kommt, keinen Anspruch gegen den Geretteten zubilligen würde.[2])

Die Geschäftsbesorgung ist daher in § 677 im weitesten Sinn auszulegen.[3])

III. Es reicht an sich schon über den Rahmen unserer Abhandlung hinaus, wenn wir zum Schluß noch die rechtspolitische Frage erheben, ob die Regelung des B.G.B. auch wirklich zu billigen ist.

In Betracht kommt hier in erster Linie die Frage, ob die ganze Unterscheidung zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung nicht überhaupt überflüssig ist, so daß man am besten getan hätte, wenn man den Auftrag im weitesten Sinn aufgefaßt und die Auftragsregeln schlechthin für Dienst- und Werkverträge für anwendbar erklärt hätte. In der Tat wäre dies zweifellos das einfachste und mit den praktischen Bedürfnissen wohl auch vereinbar gewesen. Denn eine Anwendung der Auftragsregeln auf Fälle, auf die sie nicht passen, wäre wohl kaum zu befürchten gewesen.[4])

---

[1]) Isay a. a. O. S. 46. Vgl. auch Cosack § 155, I, 2a, der die Geschäftsführung ohne Auftrag zu den „geschäftlichen" Dienst- und Werkverträgen in Gegensatz bringt.

[2]) Auf unser Resultat weist auch B.G.B. § 680 hin, der von Geschäftsführung zwecks Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr redet, wobei diese Gefahr nicht ausschließlich als Vermögensgefahr aufzufassen ist.

[3]) Ob zur Entstehung der Obligation aus Geschäftsführung ohne Auftrag ein rechtsgeschäftlicher Wille seitens des Geschäftsführers erforderlich ist, ist eine Frage für sich, die mit unserem Thema nicht in unmittelbarem Zusammenhang steht. Sie kann daher hier außer Betracht bleiben; vgl. darüber Motive II S. 863 A. 2, Planck II S. 425 und dagegen Endemann § 178 A. 3.

[4]) Vgl. Planck zu § 675 A. 2. — Vgl. hiezu auch Laband, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 74, S. 324 ff., der vorgeschlagen hatte, den größten

Aber selbst wenn man der gedachten Unterscheidung zustimmt, so hätte man vor allem wünschen müssen, daß das Gesetz sich selbst über den Begriff Geschäftsbesorgung klarer ausspreche; denn die Abgrenzung von Tatbeständen ist eine gesetzgeberische Aufgabe. Außerdem könnte tadelnswert erscheinen, daß die unentgeltlichen Arbeitsverträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, im B.G.B. nicht ausdrücklich geregelt sind; fernerhin ganz besonders der Umstand, daß das B.G.B. als charakteristisches Merkmal des Auftrags die Unentgeltlichkeit bezeichnet hat, während die meisten Auftragsregeln mit dem Moment der Unentgeltlichkeit gar nichts zu tun haben; endlich in formeller Hinsicht der Umstand, daß das B.G.B. mit einem im Auftragstitel stehenden § (675) nachträglich in die vorhergehenden Titel Dienst- und Werkvertrag, deren Regelung scheinbar abschließend erfolgt ist, eingreift.

Tatsächlich hätten sich auch diese Mängel vermeiden lassen können. Man hätte insbesondere, auch ohne daß man die Unentgeltlichkeit als wesentliches Requisit des Auftrags aufgestellt hätte, scharf umrissene Institute schaffen können. Dies wäre zudem mit ganz wenig Änderungen im Verhältnis zur heutigen Regelung möglich gewesen, wenn man etwa folgenden Weg eingeschlagen hätte: Zunächst I. eine Regelung des entgeltlichen Dienstvertrags und II. des entgeltlichen Werkvertrags in der heutigen Fassung. Daran anschließend III. Regelung des unentgeltlichen Dienst- und Werkvertrags durch Verweisung auf diejenigen Regeln der vorhergehenden Unterabschnitte, die mit der Entgeltlichkeit nichts zu tun haben, und durch Aufnahme der im B.G.B. §§ 664 und 671 enthaltenen Rechtssätze. Schließlich IV. besondere Bestimmungen für diejenigen Dienst- und Werkverträge — entgeltliche oder unentgeltliche (I.—III.) — in denen die Verpflichtung zu einer Geschäftsbesorgung übernommen ist. — Dieser letztere Unterabschnitt hätte dann allerdings für sich allein keine selbständige Bedeutung gehabt; seine Regeln würden immer nur Anwendung gefunden haben in Verbindung mit den Regeln eines der vorausgegangenen Unterabschnitte. Der Auftrag, wie er sich im heutigen

---

Teil der Auftragsregeln in den allgemeinen Teil des Obligationenrechts zu setzen; ferner Löwenfeld, Gutachten aus dem Anwaltstand S. 869 ff.; Frese, Zusammenstellung gutachtlicher Aeußerungen ꝛc. S. 328.

B.G.B. findet, wäre damit in zwei Teile zerlegt worden: entgeltlicher Auftrag (I. und II. in Verbindung mit IV.)[1]) und unentgeltlicher Auftrag (III. in Verbindung mit IV.).

Immerhin muß zugegeben werden, daß auch die heutige Fassung des B.G.B. bei richtiger Auslegung zu brauchbaren Resultaten führt, so daß dieselbe jedenfalls für die Praxis keineswegs als ungeeignet erscheint.

---

[1]) Daß dieser bez. der Rechtswirkungen vom entgeltlichen Auftrag des 1. Entw. (und dem des schweizerischen Rechts) erheblich verschieden ist, ist klar ersichtlich.

Verzeichnis der angeführten Schriften.

Albers, Die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag u. s. w. Jen. Diss. 1900.

Baron, Pandekten, 9. Aufl., 1896.

Behaghel, Badisches bürgerliches Recht, 1892, Bd. 2.

Bermann, Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Schweizer Obligationenrecht, Züricher Diss. 1896.

Bernau, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 44 (1902), S. 225 ff.

Bormann, Beiträge zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" in § 675 des B.G.B., Göttinger Diss. 1901.

Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf betr. die Ergänzung des Entwurfs eines schweizerischen Civilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes vom 3. März 1905.

Brinz, Pandekten, 2. Aufl., 2. Bd.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Aufl. 1897 und 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, 1897.

Danckwardt, Die locatio conductio operis, Jahrb. f. Dogm. Bd. 13, S. 299 ff.

" Der Arbeitervertrag, " " " " 14, " 228 "

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., 1896.

Dernburg, Pandekten, 2. Bd., 1. Aufl. 1886 und 7. Aufl. 1903.

" Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 2. Bd. 1889.

" Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs und Preußens, 2. Bd. 1901.

Düringer-Hachenburg, Das H.G.B. auf der Grundlage des B.G.B. erläutert, 2. Bd., 1901.

Eck, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 48.

Endemann, F., Lehrbuch des bürg. Rechts, 8. Aufl. 1903, 1. Bd.

Endemann, W., Die rechtliche Behandlung der Arbeit, Jahrb. f. Nationalökonomie und Statistik, Bd. 67, S. 641 ff.

Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands, 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht, 1. Bd., 2. Aufl. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 4, 10, 18, 33.
Entwurf 1. Lesung eines B.G.B. für das deutsche Reich.
Foerster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen und preußischen Privatrechts, Bd. 2, 1887.
Glück, Kommentar der Pandekten, Bd. 15 und 17.
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Bd.
Goldmann und Lilienthal, Kommentar zum B.G.B.
Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B.G.B.; Separatabdruck aus den Annalen der großh. badischen Gerichte, 1898.
Hachenburg, Gutachten aus dem Anwaltstand über die 1. Lesung des Entw. des B.G.B., 1890, S. 110 ff.
Hafner, Kommentar zum Schweizer Obligationenrecht, 2. Aufl.
Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 41.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Herzfeld, Textausgabe des österreichischen Allg. B.G.B.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 1902.
Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1885.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B., 1900.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1901.
Keller, Pandekten, 2. Bd.
Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preuß. Recht, Bd. 3.
Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht, Jahrb. für Dogm., Bd. 25.
Krainz, System des österr. allg. Privatrechts, Bd. 2, 1894.
Laband, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 74, S. 324 ff.
Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge, Jahrb. für Dogm., Bd. 44 (1902), S. 31 ff.
Loening, Der Arbeitsvertrag, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 1, S. 979 ff.
Loewenfeld, Inästimabilität und Honorierung der artes liberales nach römischem Recht, Festgabe für Planck, 1887, S. 363 ff.
Loewenfeld, Gutachten aus dem Anwaltstand, S. 858 ff.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs, 1. Bd. 1902.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900, Bd. 1.
Meyer, Eduard, Die wirtschaftliche Entwicklung des Altertums, Jahrb. für Nat.-Oek. und Stat., Bd. 64, S. 696 ff.
Michaelis, Der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 des B.G.B, Rostocker Diss. 1902.
Motive zu dem Entwurf eines B.G.B., Amtliche Ausgabe, 2. Bd. 1888.
Neumann, Handausgabe des B.G.B., 1900, Bd. 1.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
Opet, Archiv für die civil. Praxis, Bd. 86, S. 155 ff.
Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen, Bd. 2, 1895.

Planck, Kommentar zum B.G.B., Bd. 2.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B., bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, Bd. 2, 1898.
Riezler, Werkvertrag, 1900.
Rossel, Droit fédéral des obligations, 1892.
Sächsisches B.G.B.
Schneider und Fick, Das schweiz. Obligationenrecht, größ. Ausg., 1891.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B., 1. Aufl. 1897 und 2. Aufl. 1904.
Siméon, Recht und Rechtsgang, Bd. 1, 1899.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 2, 1868.
Stabel, Institutionen des französischen Civilrechts, 2. Aufl.
Staub, Kommentar zum H.G.B., Bd. 2, 1900.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B., Bd. 2, 1901.
Suter, Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht, Berner Diss. 1904.
Teulet, Les codes de l'Empire Français.
Thalberg, Der Dienstvertrag des schweiz. Obl.-R., Züricher Diss. 1889.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd.
Unterholzner, Obligationenrecht, 1840.
Vogt, Leichtfaßliche Anleitung zur Anwendung des schweiz. Obl.-R. 1882.
Waechter, Pandekten, 2. Bd. 1881.
Weiske, Rechtslexikon, Bd. 7.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., 2. Bd., 1887.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 2. Bd., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900.
Zachariae, Französisches Civilrecht, 8. Aufl., 2. Bd.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. gefertigt im Reichsjustizamt, 2. Bd., 1890.